جامعة الجزائر
معهد الحقوق والعلوم الإدارية

تمييز
أركان عقد الزواج عن شروطه
من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام
(دراسة تحليلية ونقدية لقانون الأسرة الجزائري)

بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية

اعداد : الطالبة رواق فتيحة

إشراف الأستاذة
الدكتورة/ دليلة فركوس

لجنة المناقشة

1 - رئيسا
2- الدكتورة دليلة فركوس مقررا
3- عضوا
4- عضوا

السنة الجامعية 94 - 95

الإهــــداء

إلى والدي مَثَلي الأعلى في الحياة وقدوتي في طريق العلم .
إلى والدتي الحنون .
إلى زوجي الفاضل .
إلى إبنتي وقرة عيني إيمان .

أهدي هذا البحث المتواضع.

المقدمة:

نظرا لأهمية عقد الزواج بالنسبة للمجتمع بصفة عامة وبالنسبة للفرد بصفة خاصة يجب أن تتصف القواعد القانونية التي تحكمه بالدقة والمنطقية والشمولية.

ولعقد الزواج كبقية العقود الإسلامية شروط تكوين وتتمثل في شروط الانعقاد (الأركان) وشروط صحة، وشروط بعد تكوينه وتتمثل في شروط النفاذ وشروط اللزوم. وبتوفر هذه الأركان والشروط يكون عقدا صحيحا تترتب عليه آثار الزواج الصحيح.

لقد تناول الفقهاء أركان الزواج وشروطه الشيء الذي سمح لبعض القوانين العربية بسن قواعد قانونية دقيقة وشاملة في هذا الموضوع. أما قانون الأسرة الجزائري فيعتبر أركان الزواج أربعة متمثلة في الرضا والشاهدين والولي والصداق وعليه فهو لا يفرق بين أركان الزواج وشروطه على أساس ماجاء في الفقه كما أسلفنا. فالولي والصداق والشاهدان شروط لا أركان حسب ماجاء في الكتب الفقهية بل ويعتبر الصداق لدى كثير من الشراح أثر من آثار عقد الزواج. إن اعتبار الصداق مثلا ركن من أركان الزواج له آثار خطيرة فبتطبيق القواعد العامة يكون أثر تخلف الصداق بطلان العقد وهو أمر غير معقول.

ونظرا لعدم التفريق بين الركن والشرط نجد المشرع الجزائري يجعل أثر تخلف أحد الأركان الثلاثة المتمثلة في الشاهدين والولي والصداق فساد العقد مخالفا بذلك القواعد

العامة. فالفساد هو أثر تخلف شرط من شروط الصحة لا ركن من الأركان. ليس هذا فحسب فقد جعل المشرع الجزائري أثر تخلف ركنين غير الرضا البطلان. فهل يعقل أن يبطل العقد بتخلف الشاهدين والصداق؟ هذا من جهة، ومن جهة اخرى هذه القاعدة -قاعدة البطلان بتخلف ركنين- لا وجود لها في القواعد العامة. وإن بطلان العقد لمجرد تخلف ركنين غير الرضا له آثار خطيرة خاصة وأن الفقهاء يعتبرون العقد الباطل كالعدم.

ونظرا للخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري فيما يتعلق بأركان الزواج وشروطه فقد وقع في خلط آخر يتمثل في عدم التفريق بين الزواج الباطل وبين الزواج الفاسد على أسس فقهية سليمة مخالفا بذلك الآراء الفقهية التي تعتبر أن الزواج الباطل هو زواج فقد احد أركانه وان الزواج الفاسد هو زواج فقد شروط صحته. وقد جعلوا أثر تخلف شروط العقد بعد تكوينه ان يكون الزواج موقوفا في حالة تخلف أحد شروط نفاذه وأن يكون الزواج غير لازم في حالة عدم توفر أحد شروط اللزوم.

كما أن المشرع الجزائري لم يتناول نوعي الزواج، الزواج الموقوف والزواج غير اللازم لأنه لم يتناول شروط النفاذ وشروط اللزوم. غير أننا نلاحظ هذا الاهمال في أغلب القوانين العربية حتى تلك التي تناولت أركان الزواج وشروطه بطريقة سليمة. وحتى القوانين التي لم تهمل هذا الموضوع تماما اكتفت بإشارة خفيفة في مادة او مادتين فقط.

أخيرا نلاحظ أن المشرع الجزائري وبالرغم من خطورة موضوع البطلان والفسخ الا أنه لم يتناول آثار الزواج الباطل وآثار الزواج الفاسد بما يتماشى وماجاء في الفقه الحديث.

وعلى أساس ماتقدم سنحاول دراسة أركان الزواج وشروطه في الفقه معتمدين على آراء الشراح والكتاب المعاصرين بالدرجة الأولى استنادا الى الفقهاء المسلمين وفقهاء أهم المذاهب الفقهية محاولين التفريق بين ماهو ركن وماهو شرط. وعليه سنحاول تحليل موقف قانون الأسرة الجزائري بإجراء مقارنة نبرز فيها أوجه الشبه بين ماجاء في القانون الجزائري والفقه وأوجه الإختلاف بينهما وذلك بالمقارنة ببعض القوانيين العربية التي تناولت هذا الموضوع. ومن خلال هذه المقارنة سنحاول تقييم ما جاء في قانون الأسرة على غرار ماتقدم ويتمثل تقييمنا في نقدمالاحظناه من نقص حول هذا الموضوع او عدم تطابق ماجاء في قانون الأسرة الجزائري مع ماجاء في الفقه. وسنحاول إعطاء البديل للنقص او

اقتراح نصوص تتناول أحكاماً قد أهملها المشرع الجزائري. هذا بالنسبة "للأركان" التي تناولها مشرعنا، أما الشروط التي لم يتطرق لها سنتناولها من وجهة نظر الفقه ونحاول اقتراح نصوص في شكل مواد بناء على مادرس. وهذه النصوص ستكون عبارة عن مواد تكمل المواد التي جاءت في قانون الأسرة او تدخل عليها بعض الإضافات او مواد تتناول العناصر التي لم يتناولها المشرع في موضوعنا.

وبعد الأركان والشروط نصل الى الأثر المترتب على تخلف أحد هذه الأركان او هذه الشروط. ولكي تكون دراستنا شاملة للموضوع سنعرض الآراء الفقهية حول هذه الآثار وهي أحكام الزواج. وعلى أساسها سنحاول تحليل موقف قانون الأسرة من خلال نقد المواد المتعلقة بأحكام الزواج ونقارنها بمقابلاتها في بعض القوانين العربية. وهذا التحليل بعد دراسة الموضوع سيسمح لنا بمعرفة الخلل الموجود وبالتالي معالجته. وبناء عليه سنحاول تقديم البديل عن بعض الأحكام ونحاول اقتراح نصوص تكمل بعض المواد. هذا بالنسبة للأمور التي تناولها المشرع الجزائري. أما تلك التي لم يتناولها المشرع سنحاول عرضها من خلال ما جاء في الفقه وبعض القوانين العربية. وبالتالي اقتراح مواد بديلة او مكملة او مواد لسد الفراغ الذي تركه المشرع الجزائري فيما يتعلق بموضوعنا.

ومن هنا ستكون دراستنا للموضوع موزعة على بابين :

في الباب الأول نتعرض لأركان الزواج وشروطه فقها وقانونا لادراك الفرق الهام الموجود بين ما هو ركن في الزواج وما هو شرط فيه، هذا الفرق الذي لم يلمسه المشرع الجزائري ووقع في أخطاء وتناقضات قد تؤدي الى نتائج سلبية عند تطبيق النصوص الواردة في قانون الأسرة الجزائري في هذا الشأن. وهذه النتائج السلبية ندركها خاصة عندما نجد القاضي يبطل عقد الزواج لعدم توفر ركنين غير الرضا أو يضيف ركن المحلية أو عدم وجود مانع من موانع الزواج كعدم تحريم المرأة على الرجل او يجد نفسه مضطرا للجوء إلى كتب فقهية في حالة غياب نص قانوني.

فعلى أساس ما تقدم كان لا بد من تحديد أركان الزواج وشروط صحته وشروط نفاذه وشروط لزومه. وكان لابد من تحديد كل العناصر المتعلقة بهذا الموضوع. وبالمقابل يجب تحديد ماهي الآثار المترتبة على تخلّف أحد الأركان أو الشروط: شروط الصحة وشروط

النفاذ وشروط اللزوم. كما أن التحديد وحده لا يكفي بل يجب أن ينص القانون على أثار كل نوع من أنواع الزواج المترتبة على هذا التخلف فيجب تحديد آثار الزواج الباطل، وآثار الزواج الفاسد وآثار الزواج الموقوف وآثار الزواج غير اللازم. وهذا ما سنحاول تفصيله في بحثنا وهو موضوع الباب الثاني. فبينما نجد الفقه يجعل أثر تخلف الركن البطلان. وتخلف شرط الصحة يجعل العقد فاسدا. وتخلف شرط نفاذ يجعل العقد موقوفا. وتخلف شرط اللزوم يجعل العقد غير لازم. نلاحظ أنه لاوجود للنوعين الأخيرين من الزواج في قانون الأسرة الجزائرية كما أسلفنا هذا من ناحية ومن ناحية أخرى لم يطبق المشرع الجزائري القواعد العامة في اعتبار الزواج الباطل أو الزواج الفاسد. وبالرغم من تناوله لهذين النوعين الا انه لم يتناول آثار الزواج الفاسد بطريقة شاملة ولم يتناول آثار الزواج الباطل بالطريقة السليمة. وعليه فلابد من تناول آثار كل نوع على حدى. كما يجب معرفة حالات كل نوع من أنواع الزواج المذكورة.

وهذا ماسنحاول اقتراحه في شكل مواد قانونية في الموضوع تبدولنا أكثر شمولية وملائمة وتتماشى مع المفاهيم الشرعية والقانونية والآراء الفقهية والأصولية الحديثة.

الباب 1 : أركان الزواج وشروطه

الباب 2 : أحكام الزواج

الباب الأول

أركان الزواج وشروطه

يوجد اختلاف بين فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة فيما يتعلق بموضوع أركان الزواج وشروطه، اختلاف حول ما يعتبر اركاناً وما يعتبر شروطاً. وهذا ما سنحاول تفصيله في الفصل الأول وعلى أساس ما تقدم نحاول دراسة موقف قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثاني.

الفصل الأول: تمييز الفقه لأركان الزواج وشروطه

لعقد الزواج كبقية العقود الإسلامية الأخرى شروط انعقاد، شروط صحة، شروط نفاذ وشروط لزوم. وشروط الانعقاد هي توفر أركان هذا العقد مع توفر قواعد كل ركن من هذه الأركان(1)، وعلى هذا الأساس سندرس هذا الموضوع من خلال تناول أركان الزواج في الفقه (المبحث الأول) ثم شروط الزواج (المبحث الثاني) (2)

المبحث الأول : أركان الزواج في الفقه

قبل الخوض في الأركان سنتعرض لبعض المذاهب الفقهية (3). فالمالكية يرون أن أركان الزواج خمسة: ولي المرأة بشروطه فلا يعقد النكاح عند المالكية بدون ولي ثم الصداق ولا بد من وجوده ولكنهم لايشترطون ذكره عند العقد والزوج والزوجة مع وجوب خلوها من الموانع الشرعية كالإحرام والعدة وأخيرا الصيغة، صيغة العقد.

أما الأركان عند الشافعية فهي خمسة متمثلة في الزوج والزوجة وولي وشاهدين وصيغة. أما الحنفية فيحصرون الأركان في الايجاب والقبول.

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني "شرح قانون الاحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق" المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1978-1979، ص81

2- يفرق الفقهاء بين الركن والشرط، فالركن مالابد منه وكأنه جزء من حقيقة الشيء أما الشرط فهو مالابد منه وكأنه خارج عن حقيقة الشيء والمثال الركوع ركن في الصلاة اما الوضوء فهو شرط صحة.

3- عبد الرحمان الجزائري - "كتاب الفقه على المذاهب الأربعة" ج، قسم الأحوال الشخصية، بيروت لبنان، 1982، ص 12

وعلى أساس ماتقدم ذكره نلاحظ اتفاق الفقهاء على اعتبار الايجاب والقبول ركنا في النكاح ويطلق عليهما الصيغة فلأنه لابد من توفر الرضا والإرادة لابرام العقد، وهذه الأخيرة التي تعتبر أمراً خفياً لايمكن الاطلاع عليه، فقد اعتبر الشارع أن الايجاب والقبول دليلين ظاهرين على تحقق هذا الرضا والارادة عند كل من المتعاقدين.

هذا ويتفق الشُراح على أنه باعتبار عقد الزواج من العقود الثنائية لابد فيه من طرفين. فهو كبقية العقود يستوجب لوجوده شرعا تحقق أركانه التي هي: العاقدان والمحل والصيغة(1). وعليه ستكون دراستنا لاركان عقد الزواج في الفقه تتضمن مايلي: صيغة العقد(المطلب الأول) ثم العاقدان (المطلب الثاني) وأخيرا محل العقد (المطلب الثالث).

المطلب الأول : صيغة العقد

تتمثل صيغة العقد في الايجاب والقبول، فالايجاب هوما يصدر أولا من أحد العاقدين دالاً على ارادته في إنشاء العقد أما القبول فهو مايصدر من العاقد الآخر دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الطرف الأول.

والاعتبار في التمييز في الايجاب والقبول هو الصدور أولاً وعدمه، بغض النظر عمن يصدر عنه، أهو الزوج أو الزوجة أو وليهما أو وكيلهما (2). فالايجاب والقبول يعتبران ركنا في عقد الزواج، وسنتناولهما في بعض العناصر المتعلقة بالايجاب والقبول من خلال توضيح مايشترط في الايجاب والقبول (الفرع الأول) ثم توضيح بعض الأمور المتعلقة بالصيغة : ابحاث في الايجاب والقبول (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شروط الصيغة

تتمثل شروط الصيغة في اتحاد المجلس (أولا) وموافقة الإيجاب والقبول (ثانيا) ثم سماع كل من المتعاقدَيْن كلامَ الآخر وفهمه (ثالثا) وعدم رجوع الموجب عن ايجابه قبل قبول الآخر (رابعا)

1-ويعتبر البعض الآخر من الشراح أن العاقدين والمحل والصيغة عناصر لابد من دراسة الايجاب والقبول -انظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني- المرجع السابق ص 81

2- زكي الدين شعبان :«الزواج والطلاق في الاسلام» الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة 1966، ص 9

أولا : إتحاد المجلس :

يجب أن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد. فلو صدر الايجاب من طرف وجاء هذا القبول في مجلس آخر بطل الايجاب. فلو قال الموجب زوجني ابنتك فأجابه قبلت في نفس المجلس انعقد هذا الزواج. أما اذا قال الموجب زوجني ابنتك فانصرف الموجه اليه الايجاب عن المجلس ثم عاد في مجلس آخر وأعلن عن موافقته فلا تعتبر هذه الموافقة قبولا.

هذا ويعتبر نوم العاقدين مضجعين لا جالسين دليلاً عن الإعراض عن القبول . لكن الفورية لاتشترط عند الحنفية ومثالها أن يقول الموجب زوجني ابنتك فتريث الموجه اليه الايجاب قليلا ثم أعلن عن قبوله. فيعتبر هذا القبول صحيحا، وينعقد العقد ولو طال الجلوس. كما ينعقد العقد إذا كان العاقدان على سفينة سائرة لأن السفينة في حكم مكان واحد. (1).

أما إذا كان الفاصل بين الايجاب والقبول موضوعاً يتعلق بالزواج كالحديث عن الجهاز مثلا فهذا لا يعتبر فاصلا يبطل العقد. والعبرة في هذا لعرف البلد: فما يعتبره البلد إعراضا عن العقد أو فاصلا بين الايجاب والقبول يكون مغيرا للمجلس. أما مالا يعتبره إعراضا أو فاصلا بين الايجاب والقبول لا يكون مغيِّرا للمجلس وبالتالي لا يحول دون انعقاد العقد.

ثانيا: موافقة الايجاب للقبول ومطابقتهما:

يجب أن يتوافق الايجاب والقبول ولو ضمنيا كأن يقول تزوجتك على مهر قدره مائة وحدة نقدية فتقول قبلت بمائتين يصح وتلزم المائة الثانية اذا قبلها ويتحقق التوافق باتحاد الايجاب والقبول في امرين : المحل والمهر فإذا كانت المخالفة في محل العقد كأن يقول زوجني عائشة فيقول قبلت زواجك من رقية ففي هذه الحالة لا ينعقد الزواج. أما إذا كان الخلاف على المهر كما ذكر في المثال السابق فالقاعدة انه ينعقد العقد اذا كان الخلاف

1- الدكتور وهبة الزحيلي :«الفقه الاسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة الفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية) » دار الفكر. ط2، 1985، ط1 1984، ص50.

على خير عند الحنفية (1).

ثالثا: أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه.

والعبرة هنا بالفهم جملة. فالمهم أن يفهم الرجل أن الموضوع يدور حول الزواج وأن المقصود هو الطلب للزواج وقبول هذا الطلب. أما إذا سمع القابل إيجاب الموجب ولم يفهم المقصود منه كان لاغيا.

رابعا: ألاَّ يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر:

إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر أُلغي هذا الإيجاب وبالتالي إذا رجع الموجب عن إيجابه (وله الحق في ذلك مادام لم يرتبط بعد بالقبول) وجاء القبول بعد ذلك فقد جاء هذا القبول على غير ايجاب (2). كذلك إذا بطلت أهلية الموجب قبل القبول كأن كان الموجب عاقلا عند الايجاب ثم جنَّ قبل أن يقع القبول، اعتبر هذا الإيجاب مُلغىً.(3)

الفرع الثاني: ابحاث في الايجاب والقبول

سنبحث في هذا الفرع في صيغة الزواج (أولا) ثم صيغة الفعل (ثانيا) ثم إطلاق صيغة العقد وتقييدها (ثالثا) ثم تأبيد الصيغة (رابعا) وأخيراً الزواج بالمراسلة (خامسا)

أولا : صيغة الزواج :

1- ألفاظ الزواج:

لا ينعقد الزواج إلا بالألفاظ الدالّة عليه. فالقبول يصح بكل مايدل على رضا القابل بالايجاب كأن يقول قبلت أو رضيت أو غيرها، فلا يشترط لفظ معين في القبول على عكس الايجاب الذي قيل فيه الكثير من آراء الفقهاء.

فقد اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بلفظي "الزواج" و"النكاح" أو ما يشتقُّ منهما واختلفوا حول صحة الايجاب بغير هذين اللفظين. أما الاتفاق على لفظي النكاح والزواج فلورودهما في القرآن الكريم لقوله سبحانه وتعالى: «زوَّجناكها» وقوله تعالى : « ولا

1- بالرغم من أن المهر ليس ركنا في العقد الا أن الايجاب إذا اقترن بالمهر أصبح جزءاً منه.

2- الإمام محمد أبو زهرة: «الأحوال الشخصية» دار الفكر، ط 3، 1957، ص 40.

3- الدكتور مصطفى السباعي: «شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج وانحلاله)»، مطبعة جامعة دمشق، 1966، ص 106.

تنكحوا مانكح آباؤكم» أما الألفاظ التي اتفق على عدم إنعقاد الزواج بها فهي الألفاظ التي تدل على تمليك العين في الحال ولا على بقاء الملك مدى الحياة وهي الاباحة والإعارة والمتعة والوصية والرهن ونحوهما.(1)

أما الألفاظ التي اختلفوا في انعقاد الزواج بها وهي التي تدل على تمليك العين في الحال وبقاء الملك مدى الحياة كالبيع والصدقة والهبة ومانحوهما وأراء الفقهاء في هذا هي على النحو التالي:

يتفق الحنفية والمالكية على الراجح على انعقاد الزواج بهذه الألفاظ بشرط وجود النية او قرينة تدل على الزواج كبيان المهر وحضور الشهود وفهم أن الأمر متعلق بالزواج وبالتالي التعرف على إرادة الطرفين وذلك لقوله تعالى : «وإمرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي، إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين»(2)

اما عند الشافعية والحنابلة لا ينعقد الزواج بالألفاظ المذكورة إلا بلفظي الزواج والنكاح ويردون على استدلال المالكية والحنفية بالآية الكريمة والحديث الشريف، لأن الآية المذكورة تعتبر من خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم. أما الحديث فهو عن ذكر ملكتها ، فهو من الراوي، والراوي رواه بالمعنى ظنا منه ترادف هذا اللفظ مع لفظ الزواج ولتقدير صحة الرواية فهي معارضة لرواية الجمهور زوجتكها (3)

2- الألفاظ المصحفة

- الألفاظ المصحفة هي الألفاظ التي تجري على الألسنة العامة مثل «تجوزت» و«تزوزت» وغيرها. والرأي عند الفقهاء ومعناه في عرف البلد فهو لفظ يصحُ العقد به.

1- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 38

2- سورة الأحزاب آية 48

وفي هذا الموضوع يقول النبي صلى الله عليه وسلم لرجل ليس له مال : «قد امتلكتها بما معك من القرآن» رواه البخاري.

3- الدكتور وبة الزحيلي المرجع السابق ص 39، هنا: رد آخر للدكتور مصطفى السباعي المرجع السابق ص 81.

3- التكلم بغير العربية

عند الحديث عن التكلم بغير العربية في عقد الزواج نوجز مايلي :

إذا كان العاقدان يحسنان التكلم بالعربية ويقدران على التعبير عن الزواج باللغة العربية ففي هذه الحالة يرى الجمهور أنه يجوز بكل لغة يمكن التفاهم بها لأن المهم هو التعبير عن الإرادة. ويرى البعض كراهة التلفظ بغير لغة القرآن فهم يعطون الأولوية للتعبير بالألفاظ التي توافق القرآن أما الشافعي وأحمد فهما لا يجيزان إلا التكلم بالعربية والتعبير بلفظي النكاح والزواج لأن العدول عن هذين اللفظين لا يصح كما لا يصح في ألفاظ الهبة والبيع والاحلال (1)

ونحن نرى أن الجمهور منطقي جدا، لأن العبرة بالإرادة وبالتعبير الذي ينقل الإرادة.

4- مايقوم مقام اللفظ

التعبير عن الإرادة، إذا أمكن الشخصُ النطقَ، فيجب أن يكون تعبيره باللفظ المنطوق. فلا يصح للقادر على الكلام أن يعبر عن إرادته بالكتابة أو الإشارة إذا كان حاضرا بمجلس العقد. مثلا أن يكتب رجل قادر على الكلام لإمرأة قادرة هي الأخرى على الكلام: زوجيني نفسك. فتجيب في نفس المجلس زوجتك نفسي على ورقة. ففي هذه الحالة لا ينعقد الزواج(2) (هذا عند الحنفية الذين يجيزون تزويج المرأة نفسها.) فالكتابة والإشارة استثناء يستفيدون منهما الأشخاص غير القادرين على النطق. فالشخص الأخرس إذا كان لا يستطيع الكتابة يمكنه أن يعبر عن إرادته بالإشارة المتفق عليها عرفا. أما إذا كانت الإشارة غير مفهومة عرفا فلا ينعقد الزواج. وإذا كان يحسن الكتابة فيعبر عن إرادته بالكتابة لأنها لا غموض ولا لبس فيها.

ثانيا : صيغة الفعل (3)

يتفق الفقهاء على أن صيغة الماضي (-1-) صيغة ينعقد بها عقد الزواج ولكنهم يختلفون حول صيغتي المضارع (-2-) والأمر(-3-).

1- الدكتور مصطفى السباعي المرجع السابق ص 83.

2-في المذهب الحنفي إذا كان العاقد لا يستطيع الكلام ويحسن الكتابة روايتان: إحداهما وهي الأصل : لا يصح عقده بالإشارة لأن الكتابة أقوى دلالة من الإشارة ومن يستطيع الاعلى لا يقبل منه الأدني.

3- الدكتور وهبة الزحيلي- المرجع السابق، ص 41

1- انعقاد الزواج بصيغة الماضي

يتفق الفقهاء كما أسلفنا على انعقاد الزواج بصيغة الماضي كأن يقول زوجتك ابنتي خديجة على مهر قدره كذا، فيقول: قبلت لأن الهدف والمقصود هنا هو انشاء العقد في الحال.

2- صيغة المضارع :

والمثال على حالة الايجاب بالمضارع وكذا القبول أيضا أن يقول تزوجتك على مهر قدره مائة، فتقول قبلت. ففي هذه الحالة إذا كانت هناك قرينة تدل على إنشاء العقد في الحال كأن يكون المجلس مهيأ لعقد الزواج صح الزواج عند المالكية والحنفية. أما إذا لم توجد القرينة الدالة على انشاء العقد في الحال فلا ينعقد الزواج، أما الشافعية والحنابلة فلا يصح ولا ينعقد عندهم الزواج بصيغة المضارع.

3- صيغة الأمر:

يصح العقد بصيغة الأمر عند الحنفية والمالكية - إذا وُجدت نية إنشاء العقد -كأن يقول الرجل زوجيني نفسك، فتقول المرأة زوجتك نفسي .

وأخيرا يطرح أمر انعقاد الزواج بلفظ الاستفهام كأن يقول رجل لآخر زوجني ابنتك؟. فيقول الآخر: زوجتك إيّاها، أو يقول: نعم. هنا لا ينعقد الزواج عند الحنفية بل يجب الرد بقبلت. لأن القول زوجني استفهام إذ يشترط أن يكون القبول كما أسلفنا(1).

ثالثا : إطلاق صيغة العقد وتقييدها

يجب أن تكون الصيغة قاطعة في إنشاء العقد في الحال. فيجب أن تكون الصيغة منجزة أي تكون خالية من كل تعليق كي تترتب آثار العقد بمجرد صدوره وبعد توفر أركانه وشروطه. فنظرا لخطورة عقد الزواج يجب أن تكون صيغته منجزة، الشيء الذي لا يتحقق في حالتين إثنتين (2): الصيغة المعلقة (.1.) والصيغة المضافة الى المستقبل (.2.)

1- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص 42

2- الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص 46.

1- العقد المعلّق على شرط :

مثال العقد المعلق على شرط أن يقول شخص إذا نجحت في الإمتحان زوجتك ابنتي. هنا علّق عقد الزواج على الامتحان فإذا أجيب بالقبول لا ينعقد الزواج بل يتأخر انعقاده الى تحقيق الشرط المعلق عليه (1). هذا التعليق أمر محتمل فلا يصح العقد به . فقد يكون التعليق صوريا كما لو علق العقد على أمر محقق الوجود ولان التعليق يجب ان يكون أمراً محتمل الوجود. فهذا لا يمكن اعتباره تعليقا منجزاً بالرغم من استعمال فيه أداة من أدوات الشرط. ونعطي مثالا على ذلك : ان كنت ميسور الحال تزوجت ابنتك، -وكان هذا الشخص ميسور الحال فعلا- فالعقد يعتبر منجزا. ونفس الشيئ يقال عن العقد الذي علق على أمر تحقق وجوده في نفس المجلس. ومثاله أن تقول المرأة زوجتك نفسي إن رضي أبي-وكان أبوها حاضرا في المجلس ووافق- فإذا قبل الزواج صح العقد.

2- العقد المضاف الى المستقبل:

إذا كانت صيغة العقد مضافة الى زمان المستقبل لا ينعقد العقد كأن يقول زوجتك بعد شهر وقبلت.

وأخيرا يجدر بنا أن نشير الى أن العقد يمكن أن يقترن بشرط. ويختلف الحكم في اقتران الحكم بشرط حسب نوع كل شرط ومدى تأثيره في عقد الزواج(2).

رابعا : تأبيد الصيغة :

يعتبر بعض الكتاب شرط عدم تأقيت الزواج شرط صحة. بالتالي فالزواج المؤقت يعتبر زواجا فاسدا (3). وهذا الشرط لا يتوفر في الزواج المؤقت ونكاح المتعة (4). وقد اتفق الفقهاء على بطلان الزواج غير المؤبد الا الشيعة. وهذا الزواج قد أباحه رسول الله صلى الله عليه وسلم في ظروف خاصة في أوقات الحروب لما كان المسلمون يرحلون عن ديارهم لمدة طويلة. فقد أجيز هذا النوع من الزواج في هذه الظروف الخاصة خوفا من وقوع

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق، ص 94

2- أرجع إلى ص 88 من بحثنا

3- يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني أنه يمكن اعتبار عدم تأبيد الزواج شرط صحة لأن الفقهاء لا يجمعون على بطلان الزواج المؤقت وبالتالي فهذا الزواج يعتبر فاسدا!

4- الفرق بين الزواج المؤقت وزواج المتعة يتمثل في الاشهاد في الزواج المؤقت، أما في زواج المتعة فلا يوجد إشهاد. انظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 109

هؤلاء في جريمة الزنا وكان الحل هو الزواج المؤقت. ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم حرمه بعد ذلك. فقد روى بن ماجه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «يأيها الناس اني كنت أذنت في الاستمتاع، ألا وأن الله حرمها الى يوم القيامة» (1)

ونظرا لكون هذا النوع من الزواج لا يحقِّق أهداف الزواج وأهمها الاستقرار، وكون هذا الزواج يؤدي الى نتيجة خطيرة تهدد المجتمع ألا وهي اختلاط الأنساب فهذا الزواج يعتبر باطلا فيجب أن تكون صيغة العقد مؤبدة.

رابعا: التعبير عن الرضا بواسطة الرسائل المكتوبة (الزواج بالمراسلة)

قد يضطر العاقدان لإبرام عقد الزواج عن طريق الكتابة. ففي هذه الحالة يرى الحنفية أن مجلس العقد هو مجلس قراءة الكتاب أمام الشهود. أو سماع رسالة الرسول (في حالة غيبة أحد المتعاقدين) بحضور الشهود. فهذه الحالة تعتبر تحديدا للمجلس. فلو كتب الموجب للمرأة وقرأت الرسالة أمام الشهود وأجابت بالقبول انعقد العقد في نفس المجلس. أما إذا قرأت الرسالة وسمعتها أمام الشهود ثم قامت من المجلس فلا ينعقد العقد.

1- عبد الرحمان الجزيري المرجع السابق، ص 91

المطلب الثاني : العاقدان.

يعتبر العاقدان ركنا من أركان عقد الزواج وقد يكون أحد طرفي العقد أصيلا عنه نفسه أو وكيلا عن غيره أو وليا عليه. ولتوفر هذا الركن لابدَّ من توفر شروطه. ويمكن تقسيم شروط العاقدين الى شروط عامة (الفرع الأول) وشروط خاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط العامة

تتمثل الشروط العامة في شرطي الأهلية والرضا دون الإكراه فلا يمكن أن ينعقد الزواج إذا لم تتوفر الأهلية في العاقدين (أولا) كما لا يمكن انعقاد الزواج إذا حصل إكراه وبالتالي يشترط الرضا دون الإكراه (ثانيا).

أولا : الأهلية:

تتحقّق هذه الأهلية بالتمييز فلو كان أحد العاقدين غير مميز لم يبلغ سِنّ التمييز أو مجنونا فلا ينعقد الزواج بعبارته ويكون باطلا (1)

ويلحق بالمجنون من كان في حكمه كالمعتوه والسكران فاقد الوعي لأن الزواج لا ينعقد بعبارة هؤلاء أيضا وذلك لأنهم لا يقدرون على التعبير عن إرادتهم تعبيرا صحيحا. (2).

ويشترط الشافعية والجعفرية فيمن يعقد العقد أن يكون بالغا عاقلا راشدا، وعند الجعفرية لا يؤخذ بعبارة المجنون ولا السكران الذي بلغ به السكر حدًّا زال عقله وارتفع قصده، وحتى ولو أجاز هذا العقد بعد الإفاقة لا تصح هذه الإجازة، ويعلّلون بأن الإجازة لا تصلح ماوقع باطلا من أصله وأيضا لا يجوز للسفيه أن يعقد لنفسه عندهم نظرا لأن عقد الزواج يستدعي بعض التصرفات المالية مثل المهر والنفقة، ويمكنه ذلك في حالة إجازة الوالي (3)

1- زكي الدين شعبان، المرجع السابق ص 12

2- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق ص 84

3- أحمد فراج حسين : أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، بيروت الدار الجامعية، 1988.ص 96

ثانيا: الرضا دون الإكراه.

نظرا لسمو أهداف عقد الزواج ومنها الاستقرار والمودة والرحمة، لابد من أن يكون الرضا دون الإكراه، لأنه لا يمكن أن يتوفر الاستقرار او المودة ولا غيرها من الأهداف والمشاعر التي لا بد أن تربط الزوجين ليكون هناك دافع لمواجهة الحياة وإنجاب النسل الصالح فهذا العقد مع الإكراه لا يجوز لأنه لا يمكن أن تكون إرادة مع الإكراه، واللفظ الذي يصدر من المكره يعتبر لغوا لا قيمة له هذا ما يتفق عليه جمهور الفقهاء خلافا للحنفية.

الفرع الثاني :الشروط الخاصة

نظرا لخصوصية عقد الزواج واختلافه عن العقود الأخرى في جوانب مختلفة، ينفرد عقد الزواج بإشتراط اختلاف الجنسين. وهذا الشرط يخص المرأة والرجل: فيشترط في المرأة أن تكون محققة الأنوثة (أولا) كما يشترط في الرجل أن يكون محققا الرجولة (ثانيا)

أولا : تحقيق الأنوثة عند المرأة.

يجب أن تكون المرأة محققة الأنوثة. فالرجل يميل بطبيعته الى الإقتران بالمرأة لأنها تكمله. فهي قد ميزها الله سبحانه وتعالى بصفات تختلف عن صفات الرجل وذلك لكي تقوم بوظيفتها في الحياة. لكي تكون هذه الأخيرة أكثر استقرارا. فالمرأة تنجب أولاداً وهذا لا يتسنى الا إذا كانت محققة الأنوثة. كما تتميز بالصبر والحنان الكافيين لرعاية أبنائها وغيرها من الصفات التي تميزها عن الرجل. ونظرا لطبيعةالزواج المتمثلة في عقد يكون بين الرجل والمرأة، ولأن الأهداف المرجوة من الزواج لا تتحقق بالزواج من المرأة غير المحققة للأنوثة كالإنجاب والتكامل بين الرجل والمرأة، فالزواج بين الرجل والخنثى عقد باطل لا تترتب عنه آثار الزواج الصحيح.

ثانيا : الرجولة المحقّقة

يجب أن يكون الرجل محقق الرجولة، فهو مؤهل ليقوم بوظائف تكمّل الوظائف التي تقوم بها المرأة وذلك للحفاظ على الأسرة من ناحية واستمرار الحياة الزوجية بالتكامل بين الرجل والمرأة من جهة أخرى. فالمرأة بطبيعتها الأنثوية تميل الى الإقتران بالرجل لأنه يتّصف ويتميّز بصفات تكمل صفاتها. فمثلا المرأة تنتظر الحماية من زوجها فبوجوده تشعر المرأة بالاستقرار والطمأنينة. ولا تتحقق أهداف الزواج ولا التكامل بين الزوجين الا إذا تم العقد بين المرأة والرجل. فالعقد بين المرأة والخنثى لا يحقّق أي هدف من أهداف الزواج ولا يحقق أي استمرار. وكثيرا ما تنتهي هذه الزيجات بالانفصال بين المرأة والخنثى كما يحدث العكس، وهذا موجود في حياتنا حيث تطلب المرأة الانفصال عن الخنثى لعدم تحقيق الرجولة المحققة والعكس صحيح، فالمرأة ترفض أن تكون إمرأتين تحت سقف واحد على حد تعبير إحدى المتزوجات بخنثى. وعلى أساس ماتقدم فزواج المرأة بالخنثى يكون باطلا لا أثر له في الشريعة والقانون.

المطلب الثالث: المحلية

المحلية هي ألا تكون المرأة محرمة على الرجل. وتنقسم المحلية الى محلية أصلية ومحلية فرعية: فالمحلية الأصلية هي أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا، أما المحلية الفرعية هي أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤقتا أو تحريما فيه شبهة أو خلاف بين الفقهاء، ومايعتبر من أركان الزواج هو التحريم الواقع بنصوص قرآنية صريحة، سواءا كان مؤبدا أو مؤقتا (1)، وعلى هذا سنتناول هذا المطلب من خلال دراسة المحرمات مؤبدا (الفرع الأول) ثم المحرمات مؤقتا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المحرمات مؤبدا (2)

قد وردت نصوص قرآنية كريمة تحدد المحرمات مؤبدا ونقسم المحرمات مؤبدا الى محرمات بسبب القرابة (أولا) ومحرمات بسبب النسب (ثانيا) ومحرمات من الرضاع (ثالثا).

أولا :المحرمات بسبب القرابة

ويشتمل هذا النوع من النساء مايلي:

1-أصول الشخص وإن علون: وبالتالي تحرم على الرجل جميع أصوله الإناث شمولا غير محدود كالأمهات والجدات.

2- فروع الشخص وفروع فروعه وإن نزلن كالبنات وبنات الأولاد.

3- فروع الأبوين وفروع فروعهم الإناث وإن نزلن كالأخوات وبناتهن.

4- فروع الأجداد والجدات لطبقة واحدة فقط، ويتمثلن في الخالات والعمات دون فروعهن.

وهذه الآية الكريمة الشاملة للمحرمات بسبب القرابة: يقول عز وجل «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت.»(3)

1- وإذا كان التحريم فيه شبهة أوخلاف بين الفقهاء، فهو شرط صحة لا ركن في الزواج، والزواج في هذه الحالة زواجا فاسدا لا باطلا كالزواج بإحدى المحرمات مؤبدا او مؤقتا.

2- الدكتور عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق، ص (من 119 الى 127)

3- سورة النساء، الآية 23

ثانيا: المحرمات بسبب النسب.

يقول سبحانه وتعالى في هذا الشأن «ولا تنكحوا مانكح أباؤكم من النساء إلا ماقد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا.»(1) وهذا النوع من المحرمات يشمل:

1- زوجة الأصل: وتتمثل في زوجة الأب وزوجة الجد وإن علا سواءً كان الجد من جهة الأب أو من جهة الأم.

2- أصول الزوجة: وتشمل أمها وجداتها وإن علون من جهة الأب أو من جهة الأم. وحرمة أصول الزوجة تكون بمجرد العقد على الزوجة.

3- فروع زوجة الشخص: وهذا النوع يشمل الربائب وهم بنات الزوجة وبنات بناتها وإن نزلن. وهذه الحرمة يشترط فيها الدخول بالزوجة ولا يكتفي بالعقد فقط كما جاء بالنسبة لأصول الزوجة.

ثالثا: المحرمات من الرضاع.

يشمل هذا النوع المحرمات بالرضاع بسبب القرابة (تشمل الحالات المذكورة بسبب القرابة) بالإضافة الى المحرمات بالرضاعة بسبب المصاهرة (وتشمل ماذكر في المحرمات بالنسب).

1- سورة النساء الآية 22

الفرع الثاني، المحرمات مؤقتا (1)،

يضاف الى النساء المحرمات على الرجل تحريما مؤبدا، نساء حرم الله سبحانه وتعالى بهن حفاظا على حقوق الغير كالزواج بزوجة الغير او معتدته (أولا)او تقييدا لحرية الرجل في استعمال حقه في الطلاق كي لا يعبث الرجل بهذه الرابطة الزوجية المقدسة، فقد حرم الله سبحانه وتعالى على الرجل زوجته التي طلقها ثلاث طلقات متتاليات (ثانيا)، او حماية للمسلم او المسلمة في دينها إذ حرم الله على الرجل الزواج بإمرأة لا تدين بدين سماوي، وحرم الله على المسلمة الزواج بغير المسلم (ثانيا)، او حفاظا على العلاقات الإجتماعية الطيبة بين المسلمين حيث حرم الله الجمع بين الأختين او من في حكمها (رابعا) او تقييدا وتحديدا لعدد الزوجات في الإسلام بأن حرم سبحانه تعالى على المسلم الزواج بأكثر من أربع نساء (خامسا).

أولا: زوجة الغير او معتدته .

1- زوجة الغير:

يتفق الفقهاء المسلمون على تحريم الزواج بزوجة الغير أو معتدته وذلك حفاظا على حقوق الغير لكي تسود المحبة والإخاء بين المسلمين ولكي لا يتعدّى أحدهم على حقوق الآخرين ولكي لا تسود البغضاء بين أفراد المجتمع المسلم الواحد.

والدليل على هذا التحريم ماجاء في القرآن الكريم «والمحصنات من النساء»(2). وقد جاءت هذه الآية بعد الآية التي تحرم على الرجل أمه وجدته وغيرها من المحرمات بالقرابة كما أسلفنا. فالتحريم لهذا النوع من النساء جاء بصريح الآية وعليه لايمكن للرجل أن يتزوج من زوجة الغير، اما إذا طلقت هذه الأخيرة يمكن له الزواج منها بعد إنقضاء عدتها.

2- معتدة الغير:

الزواج من معتدة الغير محرم في الشريعة الإسلامية. فهذا الغير أولى بمراجعة زوجته. فالغاية من هذا التحريم أيضا هو الحفاظ على حقوق الغير. والدليل على هذا التحريم في قوله تعالى: « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله»(3). وهذا

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ض 128

2- سورة النساء الآية 24.

3- سورة البقرة، الآية 250

لكي لا تختلط الأنساب أيضا.

ثانيا: المطلقة ثلاث طلقات متتاليات بالنسبة لمن طلقها.

حرم على الرجل زوجته التي طلقها ثلاث طلقات متتاليات. لقد أعطيت له إجازة ورخصة الطلاق إذا وجد سبب معقول لذلك. لكن هذا الحق في الطلاق الذي أعطي للرجل مقيداً. فإذا طلق الرجل زوجته ثم راجعها للمرة الأولى والثانية فهذا جائز ولكن إذا طلقها للمرة الثالثة فمعناه أنه في هذه المرات قد تسرع في قراره والا لما عاد ليراجع زوجته، ولمنع هذا التسرع وإعطاء صفة الجدية لهذا التصرف فقد حرمت عليه زوجته إذا بلغ عدد الطلقات ثلاثا متتاليات. ولا تحل له الا إذا تزوجت رجلاِ غيره. فإذا حدث هذا وطلقت من هذا الرجل جاز له الزواج بها ولكن بشرط أن لا يكون الزواج بهذا الرجل بهدف تحليلها على زوجها الأول. فهذا الزواج يعتبر فاسدا في نظر الفقهاء وبهذا يكون الزواج قد حصن من التسرع، وحق الطلاق قد قيد إستعماله لتحقيق الإستقرار بين الزوجين.

ثالثا: زواج المسلم بإمرأة لا تدين بدين سماوي وزواج المسلمة بغير المسلم

1- زواج المسلم بإمرأة لا تدين بدين سماوي:

لقد حلّل الله للمسلم الزواج بإمرأة غير مسلمة بشرط أن تكون كتابية تؤمن بالله واليوم الآخر. وبالتالي فالزواج بإحدى الوثنيات يعتبر باطلا في القانون وحرام في الشريعة الإسلامية. ودليل هذا التحريم قوله تعالى : «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن، ولا أمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم.» (1)

2- زواج المسلمة بغير المسلم:

زواج المسلمة بغير المسلم حرام، وذلك حفاظا على دينها وبقاء المسلمة عند المرتد لا يجوز فيجب أن يُفرّقَ بينهما إذا أصر على ردِّته، ودليل هذا التحريم في الآية الكريمة

1- سورة البقرة، الآية 221.

التالية: «ياأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات، فآمتحنوهن الله أعلم بإيمانهن، فإذا علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار، لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن»(1).

رابعا: الجمع بين الأختين او من في حكمهما:

نظرا لصلة الأخوة، تجمع المرأة وأختها علاقة أسرية متينة تتميز بالمحبة والعطف وغيرها من المشاعر الوطيدة. وهذه المشاعر من شأنها أن تزول إذا تم الجمع بين الأختين عند زوج واحد. فهذا الجمع حرمه الإسلام في الآية الكريمة التالية: «وأن تجمعوا بين الأختين الا ماقد سلف، إن الله كان غفورا رحيما»(2) وهذه الآية جاءت عطفا على «حرمت عليكم امهاتكم...»

كما لا يجوز الجمع بين المرأة وخالتها والمرأة وعمتها. فقد روى ابي هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها».

خامسا: المرأة الخامسة لمن كان متزوجا بأربع زوجات

يحق للرجل المسلم الزواج بأكثر من إمرأة واحدة ولكن بشرط أن لا يتعدّى الأربعة. وذلك لورود نص قرآني صريح وهو الآتي: «فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة»(3)

1- سورة الممتحنة، الآية 10

2- سورة النساء، الآية 23

3- سورة النساء الآية 3

المبحث الثاني : شروط عقد الزواج

إذا توفرت في عقد الزواج أركانه يجب أيضا أن تتوفر شروطه لكي يعتبر صحيحا، ويرتب كل آثار الزواج الصحيح. وتنقسم شروط عقد الزواج الى شروط تكوين العقد (المطلب الأول) وشروط بعد تكوين العقد (المطلب الثاني)

المطلب الأول: شروط تكوين العقد:

تتمثل شروط تكوين العقد في شروط الصحة، فإذا تخلف أحد شروط صحة عقد الزواج يعتبر العقد فاسدا وهذه الشروط منها ماهو متفق عليه بين الفقهاء (الفرع الأول) ومنها ماهو مختلف عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الصحة المتفق عليها بين الفقهاء

يتفق الفقهاء على أن الإشهاد (أولا) والمحلية الفرعية (ثانيا) تعتبر شروط صحة في عقد الزواج(1).

أولا : الإشهاد:

لتترتب على عقد الزواج آثاره يجب إخراج هذا العقد من السرية كما يشترطه أغلب الفقهاء. فلو أحيط عقد الزواج بالسرية وأنكر الزوج أبوته لوالده لما أمكن إثبات هذه الأبوة. وهذا يترتب عنه مضرة للولد ومخاطر تهدد المجتمع. فعلى هذا الأساس يشترط الإشهاد في عقد الزواج، وسنبحث في الإشهاد من حيث دليل مشروعيته -1- ووقت الإشهاد -2- ثم شروط الشهود -3-

1- دليل مشروعية الأشهاد:

الإشهاد من شأنه أن يفرق بين الحلال والحرام ودليل مشروعيته نجده في السنة -أ- كما نجده من المعقول.

1- يرى بعض الشراح ومن بينهم الدكتور عبد الرحمان الصابوني أن عدم تأقيت الزواج شرط صحة، ولكن تحريمه ثبت بحديث شريف صريح ولا يمكن اعتباره شرط صحة.

أ- دليل الإشهاد من السنة

لقد استدل الفقهاء بأحاديث شريفة منها «لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل»(1) وعن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :«لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».

ب- من المعقول:

كما يستدل الفقهاء عن رأيهم في السنة النبوية الشريفة، يستدلون أيضا من المعقول فيقولون، لأن عقد الزواج عقد يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فيشترط فيه الشهادة لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه (الإبن) كما روى عن أبي بكر الصديق أنه قال: «لا يجوز نكاح السر حتى يعلن ويشهد عليه» هذا ونشير الى أن للإمام مالك رأي مخالف للجمهور(2).

2- وقت الإشهاد.

يرى جمهور الفقهاء ماعدا المالكية أن الشهادة واجبة وقت إبرام العقد بهذا لكي يتمكّن الشهود من سماع الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين. فإذا حصل هذا يتحقق الهدف من الإشهاد، الهدف المذكور أعلاه، هذا لأن الحنفية يرون أن الشهادة ركن شرط، فيشترط وجودها عند الركن، فإذا تم العقد بدون الشهادة وقع العقد فاسدا. كما سيأتي في الجزء الثاني من بحثنا استنادا الى الأحاديث المذكورة في هذا الموضوع (3).

هذا ويرى المالكية أن الشهادة ليست شرطا لإنشاء العقد بل شرط يصحُّ أن يكون عند العقد أم بعده فهي شرط لحل الدخول، فهي شرط لترتيب الآثار(4)

3- شروط الشهود.

يشترط في الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين (5). ويشترط في الشاهدين

1- رواه الدارقطاني وابن حبان في صحيحه.

2- لا يشترط الإمام مالك الإشهاد عند إبرام العقد

3- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص72

4- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص53

5- الحنفية يجيزون شهادة رجل وإمرأتين خلافا لمذهب الجمهور، راجع الصفحة 19 (شرط الذكورة)

الأهلية، الحرية والبلوغ والعقل وسماع كلام العاقدين وفهمه والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين. وتجدر الإشارة عند الحديث عن الشروط الواجب توفرها في الشهود أن الحنفية لا يشترطون لا البصر ولا العدالة. أما الإمامان الشافعي وأحمد فقد إشترطا العدالة واستدلا في هذا بالحديث الشريف: «لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل». ونظرا لهدف الشهادة لابد من توفر الأهلية بالعقل والبلوغ.

أ- الأهلية :

تكون الأهلية الواجب توفرها في الشاهدين بالعقل والبلوغ وهذا لكي يتحقق الهدف من حضور الشاهدين. فالعقل، لأن الشاهد إذا كان مجنونا لا يمكن له أن يشهد أن هذا العقد قد أبرم فعلا في حالة جحود الزوج. أما البلوغ، فنظرا لخطورة الزواج فلا يمكن أن يشهد عليه صبيان حتى لو كانوا مميزين(1).

ب- العدل:

يتفق الفقهاء على هذا الشرط استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم :«لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل»

وهذا النصاب يكون برجلين او رجل وإمرأتين. ولكن هناك إستثناء على هذه القاعدة حيث يرى الحنفية أنه إذا أمر رجل آخر بتزويج ابنته الصغيرة فزوجها، فإذا كان هذا بحضور الأب في نفس المجلس، يصح الزواج بحضور شاهد واحد، لأن الوكيل يكون معبرا إذن يمكن أن يكون المزوج شاهدا لأن في هذه الحالة يجعل الأب مباشرا للعقد. ولكن إذا كان الأب غائبا لا يصح الزواج لأن المجلس مختلف، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرا للعقد(2).

جـ-الذكورة :

شهادة النساء لا تجوز في عقد الزواج. فلأن الهدف من الشهادة هو الإعلان، وهذا لا يمكن بما أن المرأة المسلمة في نظرهم، لا تتردد على المحافل والمجالس فلا يمكن لها أن

1- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص74.
2- نفس المرجع

تقوم بهذا الدور، أي الإعلان. وتجدر الإشارة الى أنه في رواية مشهورة في مذهب أحمد والشافعي أن شهادة الزواج لا تكون إلا برجلين(1). أما الحنفية، فعندهم تجوز شهادة رجل وإمرأتين في الزواج، كما ذكرنا أعلاه، كالشهادة في الأموال لأن المرأة أهل لتحمل هذه الشهادة.

د- الإسلام :

يتفق العلماء على هذا الشرط إذا كان الزوجان مسلمين لأن عقد الزواج عقد ديني فيشترط فيمن يشهد عليه أن يدين بدين الزوجين. أما إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية فأبو حنيفة وأبو يوسف يجيزان شهادة الكتابي على الكتابية أما الشافعي وأحمد فلا يجيزانها لأن الزوج مسلم، ويجب إعلان الزواج بين المسلمين وعليه لا بد أن يكون الشاهدان مسلمين.(2)

هـ- سماع كلام العاقدين وفهمه:

يجب أن يسمع الشاهدان ويفهمان مايدور بين الزوجين حول عقد الزواج لتحقيق غاية الإعلان والإخبار وذيوع العقد وعليه فحضور الأصم او من لا يفهم مايدور في مجلس العقد لا يمكن اعتباره شاهدا.

وأخيرا تجدر الملاحظات الآتية فيما يخص شرط الشهادة وهي (3)

- بما أن الشهادة في عقد الزواج للإعلان فقط وليس للإثبات كما هو الشأن بالنسبة للتهم، يجيز الحنفية (أبو جنيفة) أن يكون الشهود من آباء الزوجين او فروعهما.

-إذا وكل شخص بتولي العقد وأبرمه في حضرة أصيل أو الولي الذي وكله وحضر العقد شاهدا واحدا يجوز هذا العقد لاعتبار أن الوكيل شاهدا في نفس الوقت مع شرط وجود الأصيل أو الولي في مجلس واحد أو الولي في مجلس واحد وهذا ماتم شرحه عند الحديث عن شروط الشهادة.

1- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 54

2- الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 116

3- الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص56

كما يرى الإمام أبو زهرة وبعض الشراح أن عقد الزواج من العقود الشكلية بالإضافة الى اشتراط تراضي الأطراف لا بد من حضور الشهود وإعلان الزواج فهو ليس عقدا رضائيا بل شكليا. ولكن هناك من يخالفه في الرأي بعدم جدوى تسمية العقد شكلي لأن الشهادة لا تعتبر شرط انعقاد ولكن شرط صحة (1)

ثانيا: المحلية الفرعية.

إنّ المحلية الفرعية التي تعتبر شرط صحة هي عدم وجود مانع من موانع الزواج المتمثل في مايلي: عدم وجود حرمة فيها شبهة او خلاف بين الفقهاء.

فخلافا للتحريم المؤبد والتحريم المؤقت المتفق على اعتبارهما من أركان الزواج، تعتبر الحرمة التي فيها شبهة أو خلاف بين الفقهاء شرط صحة، وقد لاحظنا أن كثيرا من الشراح يعتبرون المحلية الفرعية بما فيها المحرمات مؤقتا شرط رغم ورود نصوص قرآنية صريحة بهذا التحريم. ويشمل هذا النوع من المحرمات (2)، زواج المعتدة من طلاق بائن -1- وزواج أخت المطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن -2- زواج إمرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة -3-

1- زواج المعتدة من طلاق بائن:

لا يجوز الزواج من المعتدة من طلاق بائن ولكن لو حصل وأبرم عقد زواج بين رجل وإمرأة معتدة من طلاق بائن فهذا الزواج يعتبر زواجا فاسدا لا باطلا كالزواج بإحدى المحرمات، والسبب في هذا الفساد راجع لتخلف شرط صحة لا ركن او شرط إنعقاد.

2- الزواج بأخت المطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن:

فالزواج بأخت المطلقة طلاقا بائنا لابد أن لا يكون إلا بعد إنقضاء العدة. فهو شرط صحة وتخلفه يجعل العقد فاسدا وتترتب عليه كل آثار الزواج الفاسد.

3- الزواج بإمرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة.

يرى بعض الشراح الزواج بإمرأة الغير مع عدم العلم بزواجها يعتبر زواج فاسدا. فإنتفاء نية العقد على زوجة الغير يجعل هذا العقد فاسدا وليس باطلا. فهذه النية هي

1- انظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق، ص 99

2- نفس المرجع، ص 118، الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص109.

الفاصل بين أن يكون أمام شرط صحة او شرط إنعقاد.

الفرع الثاني، الشروط الغير متفق عليها،

بالإضافة الى الشروط المتفق عليها توجد شروط غير المتفق عليها وتتمثل في مايلي:

1- الرضا وعدم الإكراه

2- تعيين الزوجين

3- عدم الإحرام بالحج او العمرة من أحد الزوجين او الولي.

4- أن يكون الزواج بصداق

5- ألا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا

6- الولي

7- تواطؤ الزوج مع الشهود على كتمان الزواج.

ونظرا لأن المشرع الجزائري إعتبر الولي والصداق ركنين في عقد الزواج ونظرا لإعتبار بعض الفقهاء انهما أركان سنحاول تفصيلهما دون الشروط الأخرى.

أولا: أن يكون الزواج بصداق:

يشترط المالكية أن يكون الزواج بصداق وإذا لم يذكر حال العقد يجب أن يذكر عند الدخول أو يتقرر صداق المثل بالدخول إذا ذكر المهر عند العقد يعتبر من باب الإستحباب فقط، وإذا لم يذكر المهر حين العقد سمي هذا العقد بزواج التقويض، فزواج التقويض هو عقد بلا تسمية المهر، وهو عقد يجيزه المالكية فلو تزوج رجل إمرأة واتفقا على أن يكون ذلك دون مهر، او كان مهر شيئا لا يصلح كالخمر في هذه الحالة يجب أن يفسخ العقد قبل الدخول، اما إذا حصل ودخل الرجل بالمرأة يثبت العقد ويجب للزوجة مهر المثل (1)

ولكن هذا الرأي لا يوافقه جمهور الفقهاء فالمهر عندهم ليس ركن في العقد ولا

1- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص81.

شرط صحة بل هو أثر من آثار الزواج ولو كان شرط لوجب ذكره عند العقد كما هو الشأن بالنسبة للشروط الأخرى.

ثانيا : الولي

يشترط جمهور الفقهاء الا الحنفية(1) الولي، فلا يصح عقد الزواج بدون ولي وأدلتهم في ذلك من الكتاب والسنة.

فمن القرآن في الآية الكريمة: «فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن» ويرى الشافعي أن هذه الآية دليل قوي على شرط الولي لأنه لو لم يشترط لما ذكرت عبارة :«فلا تعضلوهن».

ومن السنة النبوية الشريفة قوله عليه الصلاة والسلام. «لا نكاح الا بولي»(2). من جهة وحديث عائشة من جهة أخرى وهو : «أيما إمرأة نكحت بدون إذن وليها فنكاحها باطل،باطل، باطل، فإذا دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.» (3)

وحديثه عليه الصلاة والسلام: «لا تزوج المرأة المرأة، لا تزوج المرأة نفسها». وعلى ماتقدم يرى جمهور الفقهاء أن عقد الزواج لا ينعقد بعبارة النساء أصلا فلا يصح أن تزوج المرأة نفسها ولا أن تزوج غيرها. وكما لايصح لها أن توكل غير وليها في تزوجها.

أما الحنفية فيجيزون للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وابنتها الصغيرة كما يجيزون أن توكل الغير. وفي حالة زواجها من غير كفء يحق للأولياء الإعتراض ويستدلون عن رأيهم بما جاء في القرآن الكريم: «فإذا بلغن أجلهم فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف». فهنا دليل على أن زواج المرأة يصدر عنها.

وأما دليلهم من السنة فيتمثل في الحديث التالي: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها سكوتها». إذن يطلب الإستئذان فقط.

1- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص83.

2- رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن أبي موسى الأشعري وصححه ابن المديني والترمذي حبان واعله بإرساله.

3- رواه أحمد والأربعة الا النسائي.

- بالإضافة الى الأحاديث المذكورة أعلاه، سنفصل في الأدلة حول الولاية في شروط النفاذ.

وأخيرا نشير إلى أن هناك رأي للفقيه أبي ثور من الشافعية يرى أنه محق للمرأة اختيار زوجها ويتطلب رضاها مع رضا وليها، فمتى تحقق هذا يكون لكل منهما الحق في إجراء العقد.

المطلب الثاني : شروط الزواج بعد تكوينه

بعد دراسة شروط تكوين عقد الزواج المتمثلة في شروط الصحة نصل الى شروط الزواج بعد تكوينه التي تتمثل في شروط النفاذ (الفرع الأول) وشروط اللزوم (الفرع الثاني).

الفرع الأول، شروط النفاذ :

يشترط لنفاذ عقد الزواج أن يكون العاقد كامل الأهلية ذا صفة تخولّه إبرام العقد معناه أن تكون له ولاية إنشاء العقد وذلك بأن يكون أحد الزوجين وبالتالي أصيلا عن نفسه (أولا) أو وكيلا عن غيره(ثانيا) أو واليا على الغير (ثالثا) وفي كل حالة من الحالات الثلاثة المذكورة قيود سنذكرها في هذا الفرع، فإذا كان العاقد كامل الأهلية ذا صفة تخوِّله إبرام العقد كان العقد صحيحا نافذا (1).

أولا: إنشاء العقد أصالة:

لقد سبق وأن ذكرنا أن الحنفية يجيزون للمرأة مباشرة العقد وعليه سنوضح الشروط بالنسبة للرجل -1- ثم بالنسبة للمرأة -2-

1- إنشاء العقد من طرف الرجل:

إذا كان الرجل بالغا عاقلا (2) له أن يتزوج ممن أراد من النساء ممن تحل له شرعا، حتى ولو كان ذلك بإمرأة دونه كفاءة أو بأكثر من مهر مثيلاتها. ويبرر هذا بأن الرجل يملك حق الطلاق لدفع أي ضرر قد يلحقه من هذا الزواج هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى

1- هناك: من الشراح من يكتفي بشرط الأهلية والصفة، انظر أحمد فراح حسين المرجع السابق، ص 117، الإمام محمد ابو زهرة ص 58

وهناك من يتحدث عن الصفة فحسب الواجب توافرهما في من يتولى عقد الزواج، انظر -زهدي يكن- الزواج ومقارنته بقوانين العالم، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، ط2، ص150. وكذا الدكتور مصطفى الرفاعي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية، بيروت، دار الكتاب البناني ط1، 1983، ص51.

2- هناك من يعتبر الأهلية شرط صحة لا شرط نفاذ، انظر الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص131.

فالرجل لا يعيَّر إذا تزوج ممن هي دون الكفاءة اللازمة أو بأكثر من مهر مثيلاتها.

وهناك من يعتبر الرشد شرط نفاذ ولكن هناك من الفقهاء من لا يعتبره كذلك (1) فالمالكية يشترطون الرشد فإذا تزوج سفيه بدون إذن وليه كان عقده متوقفا على إجازة الولي (2).

ويعتبر الشافعية والحنابلة (3) الرشد شرط صحة وعليه تخلفه عندهم يترتب عليه البطلان وتبريرهم ان الزواج نفقة ودفع مهر وهنا يمكن ان لايحسن التصرف في هذه الاحوال او يغبن.

ويخالف الحنفية بحيث لا يعتبرون الرشد شرط صحة ولا شرط نفاذ. فالعقد الذي يبرمه السفيه يعتبر عقدا صحيحا ولوكان هذا الأخير محجورا عليه. وكذلك بالنسبة لذي الغفلة لأن ابرام عقد الزواج باعتباره من التصرفات الشخصية لا يكون موضوع حجر كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات المالية. ولكن إذا عقد سفيها أو ذا غفلة لا يثبت من المهر الا مهر المثل ولا أكثر إذا كان السفيه هو الزوج ولا أقل إذا كانت السفيهة هي المرأة(4)

هذا وعن عدم الأهلية كالصبي غير المميز أو المجنون او المعتوه فلا أثر لزواجه وذلك لبطلان جميع تصرفاته.

ويضيف بعض الكتاب أن تصرف العبد يجبره سيده (5). ويلحق بعض الفقهاء المعتوه بالصبي المميز بحيث يرون ان تصرفات المعتوه اذا كانت أقرب للتمييز يكسبونها حكم التمييز واذا كانت أقرب لغير التمييز يكسبونها حكم غير المميز(6). وإذا عقد الصبي المميز عقد نكاحه بنفسه يكون عقده موقوفا على إجازة وليه لأن هذا العقد يدور بين النفع والضر والغدر وتطبيقا للقاعدة التي تقر أن العقود المترددة بين النفع والضرر لو

1- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 85.

2- الشرح الصغير : 3/387، الشرح الكبير والدسوقي 3/231، 294-297 القوانين الفقهية عند الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 85

3- مغني المحتاج 2/171، كشاف القباع 3/441 عن الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص85

4- الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 157

5- محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية مع الاشارة الى مقابلتها في الشرائع الاخرى، دار الكتاب العربي، ط1، 1404هـ-1984م، ص 27

6- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 158

تولاها قاصرا تتوقف على إجازة الولي او الوصي ونفس الشيئ إذا وكل من يتولى العقد بالوكالة عنه. فإذا أجازه الولي أصبح العقد نافذا، هذا عند الحنفية والمالكية اما عند الشافعية والحنابلة لا تنعقد تصرفات الصبي غير المميز فهي باطلة.

2- إنشاء العقد من طرف المرأة

يجيز الحنفية(1) مباشرة المرأة لعقد الزواج. فللمرأة البالغة العاقلة ان تزوج نفسها، سواء كانت بكرا أم ثيبا. فيجوز لها أن تزوج نفسها ممن تريد شريطة أن يكون كفءا ويكون الزواج بمهر المثل. أما إذا زوجت نفسها من غير كفء وبأقل من مهر المثل كان زواجها متوقفا على اجازة الولي.

أما بالنسبة للصغيرة المميزة عند الحنفية إذا زوجت نفسها كان زوجها موقوفا على إجازة الولي، إذا اجازه نفذ.

ثانيا : إنشاء العقد وكالة

يمكن أن يوكل شخص لإبرام عقد الزواج وكالة عن صاحب الشأن(2). فإذا تقيد هذا الأخير بشروط الوكالة نفذ العقد، اما إذا تعداها كان العقد موقوفا. والتوكيل قد يكون مطلقا يعطى فيه الموكل حرية الاختيار سواء فيما يخص المرأة ، الكفاءة أو المهر-1- وقد تكون الوكالة مقيدة تحدد فيها المرأة والمهر وغيرها -2-

1- الوكالة المطلقة(3):

إذا وكل رجل شخصا بتزويجه ولم يقيد هذه الوكالة بشرط كأن لا يحدّد له أوصاف معينة في المرأة، وأعطى له حرية الاختيار فيما يخص الكفاءة والمهر هنا تطرح حالتين(4):

1- قال محمد «إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها كان زواجها موقوفا على إجازة وليها»

2- يجوز للمرأة عند الحنفية أن توكل من يباشر عقد زواجها - مصطفى الرفاعي- المرجع السابق، ص62.

يرى الامام أبو زهرة أنه لا حاجة للشهادة في التوكيل في عقد الزواج ولكنها مستحبة لكي لا تكون مشاحنة في صفة العاقد.

3- يمنع بعض الفقهاء التوكيل المطلق بسبب، حسب رأيهم، عدم التعيين وللضرر والجهالة، انظر الامام محمد ابو زهرة المرجع السابق، ص132.

4- محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 88-89.

فإذا اختار الوكيل لموكله امرأة من النوع المرغوب فيه من النساء وكان المهر بمقدار مهر مثيلتها، في هذه الحالة لا يطرح أي إشكال ويكون الزواج صحيحا.

أما إذا اختار له امرأة من النوع غير المرغوب فيه كأن تكون قبيحة المنظر مثلا فهنا يطرح الإشكال والأراء حول هذا كما يلي(1):

يرى أبو حنيفة ان العقد صحيح لأن التوكيل لا يتقيد بالكفاءة ولا بالسلامة من العيوب ولا بمهر المثل فالوكيل له حرية الاختيار حتى ولو كانت عوراء أو عرجاء فالعقد صحيح.

أما ابو يوسف ومحمد فيقيدان الوكالة المطلقة بالعرف. إذا لم يقيدها الموكل فالعرف يقضي بأن الزواج يجب أن يكون من فتاة سليمة، فمخالفة الوكيل العرف في حسن الاختيار يجعل العقد موقوفا على إجازه الموكل، إذا أجازه نفذ وإذا لم يجزه بطل.

أما إذا كان التوكيل من المرأة فالوكيل مقيد بشرطين هما الكفاءة ومهر المثل، لأنها هي الأخرى مقيدة بهذين الشرطين إذا باشرت عقد زواجها بنفسها، فأولى أن يتقيد بهما وكيلها، لأن المرأة كما أسلفنا لا تملك حق الطلاق فإذا خالف الوكيل شرطي الكفاءة والمهر يعطى الولي الحق في طلب الفسخ عند الامام وصاحبيه(2).

2- الوكالة المقيدة :

في الوكالة المقيدة، على عكس الوكالة المطلقة، يحدد الموكل لوكيله أوصاف المرأة التي يريدها زوجة ويحدد له قيمة المهر الذي سيزوج عليه. فهذه الوكالة لا تخلو من حالتين:

أ- الحالة الأولى: أن يتقيد الوكيل بالشروط التي حددها الموكل فيزوجه بإمرأة تتصف بما يريده الموكل وعلى المهر المقدر من طرفه، في هذه الحالة يكون العقد صحيحا.

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص160

2- رد المحتار، ج2 ص313 عن الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 161
يكون للمرأة أن توكل من يزوجها كما يمكن لهذا الأخير أن يزوجها من نفسه، انظر الامام محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوتار وشرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج5، ط2، 1961 ص 141

ب- الحالة الثانية : أن لا يتقيد الوكيل بالشروط المذكورة اعلاه ، فيزوجه بإمرأة غير الموصوفة من طرف الموكل هنا نفرق بين حالتين:

- أن يزوج الوكيل بإمرأة من النوع غير المرغوب فيه من النساء كأن تكون مريضة مرضا لا تستمر معه الحياة الزوجية الا بضرر، أو بإمرأة قبيحة الشكل أو عرجاء أو غير ذلك. في هذه الحالة يكون العقد موقوفا على إجازة الموكل. إذا أجازه أصبح نافذا، أما إذا لم يجزه أصبح العقد باطلا لمخالفته إرادة الموكل.

- أما إذا كانت المخالفة لصالح الموكل كأن يطلب منه أن يزوجه على مهر مقداره مائتين فيزوجه على مهر مقداره مائة مادامت المخالفة لصالحه فالعقد صحيح.

الفضالة : الفضولي في عقد الزواج هو من لا تكون له ولاية التزويج وقت العقد(1). ويعتبر الوكيل الذي عزل من طرف الموكل فضوليا من وقت عزله. ويجدر بنا أن نشير الى موقف المذاهب الفقهية الاربعة من الفضالة في عقد الزواج(2).

فالحنفية والمالكية يعتبرون من شروط النفاذ الا يكون العاقد فضوليا(3).

فتصرف الفضولي هنا متوقف على إجازة من له الحق في الإجازة.

الشافعية والحنابلة موقفهم مختلف، فتصرف الفضولي في هذه الحالة باطل فعندهم تصرف الفضولي من بيع وزواج باطل.

ثانيا : إنشاء العقد ولاية:

الولاية في اللغة معناها المحبة والنصرة واصطلاحا معناها تنفيذ القول على الغير والاشراف على شؤونه(4)

والولاية في الزواج هي القدرة على إنشاء العقدنافذا (5).

1-أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 118.
2- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 162
3-الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص162.
4- الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 157
ومن هذا قوله سبحانه وتعالى «ومن يتول الله ورسوله والذين آمنوا، فإن حزب الله هم الغالبون». من سورة المائدة آية 56
5-الامام محمد اب زهرة المرجع السابق، ص 107
وتعرف بأنها سلطة شرعية جعلت للكامل على المولى عليه لنقص فيه ورجوع مصلحة اليه: انظر محمد حوارمعنية ، الاحوال الشخصية على المذاهب الخمسة، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، اكتوبر 1964، ص 37

لقد اختلف الفقهاء حول ضرورة اشتراط الولاية فمنهم من يقول بضرورة اشتراطها ومنهم من يقول بعدم ضرورة ذلك ولكل أدلته(1).

1- أدلة القائلين باشتراط الولي في عقد الزواج :

لجمهور الفقهاء الذين يقولون باشتراط الولي في عقد الزواج أدلة على هذا القول وهذه الأدلة بعضها من الكتاب وبعضها الآخر من السنة النبوية الشريفة.

أ- أدلة من الكتاب:

لقد استدل الجمهور بالقرآن الكريم في آيات منه متعلقة بهذا الموضوع نذكر منها :

قوله تعالى: «فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف»(2) ومن هذه الآية استدل الجمهور على ضرورة وجود الولي في عقد الزواج بما يلي:

أ.1- سبب نزول هذه الآية : هو حادثة التي منع فيها معقل بن يسار اخته من الرجوع لزوجها الذي طلقها وندم على ذلك فخطبها ثانية من أخيها الذي رفض ارجاعها له، فتوسط الرسول صلى الله عليه وسلم في ذلك بعد وعضه فتراجع وزوجه إيّاها (اي معقل بن يسار).

فهذا يعني ان للولي سلطة على من في ولايته، لأن تدخل الرسول يعني ذلك والا لما لجأ اليه الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام.

أ.2- من ناحية أخرى العضل معناه الحبس والتضييق وهذا دليل على ان للأولياء حق فيما نهوا عنهم من عدم التزويج، لهذا قد اعطيت ادلة من الكتاب حول هذا الموضوع(3).

ب- أدلتهم من السنة : يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا نكاح الا بولي»(4)

1- الاستاذ الاكحل بن حواء، المرجع السابق، ص من 21 الى 34

2-سورة البقرة الآية 232

3- الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 22، 23، 24

4- رواه احمد والاربعة وصححه ابن المديني والترمذي وبن حبان واعله بارساله، عن الاكحل بن حواء، المرجع السابق ص 24.

فالحديث، عندهم، واضح وصريح في نفي الصحة عن النكاح الخالي من الولي، ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، عن عائشة رضي الله عنها: «أيما أمرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وإن دخل بها فلها المهر بمااستحل من فرجها لا وكس ولا شطط فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»(1).

ومن هذه الأدلة نستنتج ان الولي شرط لابد منه لا يمكن الاستغناء عنه .

2- أدلة القائلين بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج

للقائلين بعدم اشتراط الولاية في عقد الزواج أدلتهم وبراهنهم من الكتاب(أ) ومن السنة (ب).

أ- أدلتهم من الكتاب :

لقد أعطى القائلون بعدم اشتراط الولي في عقد الزواج عدة أدلة نذكر من بين الآيات التي استدلوا بها مما يلي:

قوله تعالى: «فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف»(2). واستدلالهم بهذه الآية أنها تنهى عن التريث عنهن فيماقد يفعلنه في أنفسهن دون إذن وليهن، وذلك الفعل قد شرح أن المقصود منه عقد النكاح واستنتجوا انه يحق المرأة عقد زواجها دون إذن وليها ولكن فقط تعطي للولي حق الاعتراض إذا لم يكن زواجها هذا الذي ابرمته بنفسها بمعروف.

لكن الجمهور يردون على هؤلاء أن فعل المرأة المنهي عنه في هذه الآية الكريمة متعلق على اختيار أعيان الأزواج وتقرير الصداق دون مباشرة العقد.

ب- أدلتهم من السنة :

حديث بن عباس رضي الله عنه أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ان أباها زوجها وهي كارهة. فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم (3).

لقد حمل الجمهور أن الأب زوجها من غير كفء وبالتالي عندما جاءت للرسول صلى

1- أخرجه الاربعة النسائي وصححه أبو عوانة وبن حبان والحاكم، عن الأكحل ابن حواء المرجع السابق، ص 25.

2-ص 955 أحكام القرآني للقرطبي، ج2 ، عن الاكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 29

3- ص 122، سبيل السلام، ج3، حديث 17 من باب النكاح عن الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص30

الله عليه وسلم خيرها وهذا التخيير استدل به القائلون بعدم اشتراط الولي في الزواج.

ويرد أن هذا التخيير انما في القبول أو عدم القبول بهذا الزواج وليس في مباشرة العقد الذي هو حق للولي (1).

ويكتفي بهذا لأن القائلين بعدم اشتراط الولي اسردوا أدلته عديدة سواء من الكتاب أو من السنة.

وأخيرا نستنتج من خلال كل ماتقدم أن رضا المرأة لابدً في عقد الزواج. ولكن المباشرة تترك للولي الذي لابد من تقديم موافقته على الزواج طبعا إضافة الى مباشرة العقد لأن قواعد الحياء تحول دون مباشرة المرأة له فالمهم هو رضاها ومادام الرضا موجود فلا شيئ ينقص من قيمة العقد وعند الحديث عن الولاية يشترط لنفاذ العقد بما يخص الولاية بمايلي :

ألاّ يكون العاقد وليا أبعد مع وجود ولي أقرب وهذه مواقف المذاهب الفقهية الاربعة(2). فعند الحنفية يعتبر هذا شرط نفاذ(3)، فإذا حدث وأن زوج وليا أبعد مع وجود ولي أقرب، يكون العقد موقوفا على اجازة الولي الأقرب إذا أجازه نفذ العقد وإذا لم يجزه بطل. أما المالكية فيفرقون بين حالتين : إذا كان الولي هو ولي غير مجبر كالإبن والجد والأخ والعمّ فالعقد يكون صحيحا مكروها، أما إذا كان الولي الأقرب فأثر هذا فسخ العقد الا إذا أجازه الولي الاقرب. اما الشافعية والحنابلة الذين يعتبرون هذا الشرط شرط صحة لا شرط نفاذ إذا عقد ولي الصحيح وجود ولي أقرب فلا يصح هذا التصرف إلا في حالات خاصة، كفساد الرأي، رأي الولي الاقرب او الصغر وكذا الفضل.

1- الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 31

2-الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص 86

3- الشافعية والحنابلة يعتبر هذا الشرط شرط صحة ، نفس المرجع

الفرع الثاني : شروط لزوم عقد الزواج:

شروط اللزوم هي التي يتوقف عليها بناء العقد واستمراره (1). ومعنى لزوم العقد أن لا يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما حق فسخ هذا العقد الصحيح النافذ(2). وشروط اللزوم وفق المذهب الحنفي هي :

1- أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها هو الجد أو الأب أو الإبن

2- إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها يجب ان يكون بمهر المثل.

3- ألا يكون قد وقع تغرير من الزوج فيما يخص الكفاءة.

4- يكون الزوج خاليا من العيوب المبيحة للفسخ.

وهذه الشروط سنحاول دراستها كما يلي: شروط اللزوم المتعلقة بالعاقد الولي والمرأة (أولا)، والشروط المتعلقة بصفات الزوج (ثانيا).

أولا : شروط اللزوم المتعلقة بالعاقد الولي وبالمرأة :

قد يبرم العقد الولي وقد تبرمه المرأة (يحق عند الحنفية) وفي هذه الحالة يقيد الشارع الولي في حالة تزويجه لفاقد الأهلية أو ناقصها -1- كما يقيد المرأة في حالة زواجها دون إذن وليها -2-

1- أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها هو الأب أو الجد أو الإبن

يمكن للولي أن يزوج القاصر الذي في ولايته ولكن الشارع نظرا لأهمية عقد الزواج، قد حصر هذا الحق على الأب أو الابن أو الجد لوفور الشفقة عند هؤلاء أكثر من غيرهم من الأولياء وإلا كان العقد غير لازم كما سنرى.

وحتى بالنسبة لهذه المرتبة من الأولياء (الأب والجد والإبن) يفرق بين حالتين :

الحالة الاولى : إذا لم يكن الأب أو الجد أو الإبن مشهورا بفساد الرأي وسوء الاختيار

1- احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 118

2- انظر الدكتور مصفى الرفاعي، المرجع السابق، ص 51، الامام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 59، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 193، الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 168، زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 19.

فإذا عقد أحدهم يعتبر العقد صحيحا ولازما سواء توفر شرط الكفاءة وشرط المهر أو لم يتوفرا وعليه فالعقد لا يدخله خيار البلوغ بالنسبة للصغير أو الصغيرة ولا خيار الافاقة بالنسبة للمجنون أو المجنونة. هذا هو رأي ابي حنيفة. والتبرير أن هؤلاء موفور الشفعة، ولهم من الشفقة مايكفي لصيانة مصلحة القاصر الذي عقد له. أما الصاحبين فيريان إضافة الى ما سبق أن تقدم وجود مايقيد الأب والإبن أو الجد، الكفاءة ومهر المثل ورأيهما أنه لابد من التقييد بالمصلحة الظاهرة (وبالتالي الكفاءة وبمهر المثل)، باعتبار الولاية للمصلحة ولا مصلحة ظاهرة في نقصان المهر وعدم الكفاءة.

ونحن نرى أنه مادام الأب والجد والإبن موفورو الشفعة من ناحية ولم يعرفوا بسوء الاختيار أو بفساد الرأي من ناحية أخرى فلا داعي لتقييد تصرفاتهم بشرطي الكفاءة ومهر المثل ولانهم في اختيارهم لمن هم في ولايتهم سينظرون للمصلحة كما ينظرون لانفسهم. هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى سيقيمون هذه المصلحة بمقياس عادي معقول فلا داعي لتقييدهم بالكفاءة ومهر المثل.

الحالة الثانية : الأب والإبن والجد الذين اشتهروا بسوء الاختيار :

إذا زوج أحد هؤلاء عديم الأهلية أو ناقصها بكفء وبمهر المثل فالعقد صحيحًا لازمًا. أما إذا كان الزواج بغير كفء وبأقل من مهر المثل لا يكون الزواج لازما للقاصر ويكون له الخيار خيار الإفاقة أو خيار البلوغ. فالعقد الذي يبرمه الأب أو الجد أو الإبن الذي عرف بسوء الاختيار وفساد الرأي مقيد بشرطي الكفاءة ومهر المثل. ويرى أبو حنيفة والصاحبان أنه اذا كان هؤلاء (الأب والجد والإبن) موفورو الشفقة ولكنهم عرفوا بسوء الاختيار وفساد الرأي، درئ النقص باشتراط الكفاءة ومهر المثل (1).

وتختلف حالة بقية العصبات غير الأب والجد والإبن بسبب عدم توفر الشفقة اللازمة لصيانة مصلحة المولى عليه. فلا يجوز لهم تزويج الصغير أو الصغيرة والمجنون أو المجنونة إلاّ بمهر المثل وبكفء. وإذا لم يكن كذلك يكون للقاصر حق طلب الفسخ باستعمال حق الخيار، خيار الإفاقة بالنسبة للمجنون أو خيارالبلوغ بالنسبة للصغار(2).

ويرى بعض الكتّاب (3) أنه إذا كان المزوّج لفاقد الأهلية أو لناقصها من الحواشي

1- الامام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 119.
2- الامام أبو زهرة، المرجع السابق، ص119
3- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص87

كان لهذا الاخير (القاصر) الحق في طلب الفسخ بعد زوال المانع حتى لو كان الزواج بكفء وبمهر المثل. فله الخيار، خيار البلوغ أو خيار الافاقة. هذا رأي الامام أبي حنيفة ودليله ماروى عن قدامة بن مظعون أنه زوج بنت أخيه، عثمان بن مطعون بعبد الله بن عمر رضي الله عنه فخيرها رسول الله صلى الله عيه وسلم بعد البلوغ فاختارت نفسها حتى روي ان بن عمر قال :«انها انتزعت مني بعد أن ملكتها».

ويرى أبو يوسف أن نكاح غير الأب والجد والإبن يلزم لأنه نكاح ولي وقد اعطيت لهذا الولي هذه الرخصة في التزويج لمصلحة المولى. ويفترض أن الولي اجتهد في تحقيق المصلحة.

ويجدر بنا ان نلاحظ في الأخير أن القاضي يمكن له ان يتولى التزويج(1). وتنقسم ولاية القاضي إلى ولاية يتولاّها باعتباره ولي الزواج تطبيقا للقاعدة القائلة "القاضي ولي من لا ولي له". فإذا لم يكن للقاصر وليا ففي هذه الحالة ثبت خيار البلوغ أو الإفاقة والسبب في هذا ان القاضي في هذه الحالة تعتبر مرتبته في الولاية آخر المراتب. بالاضافة الى هذا هناك ولاية يتولاها في حالة العضل. وهذا يكون في حالة ماإذا عارض أحد الأولياء الزواج دون تبرير منطقي. فهنا يمكن رفع الأمر إلى القاضي. والقاضي هنا يجد نفسه بين حالتين: حالة يكون فيها العاضل هو الأب أو الجد أو الإبن، في هذه الحالة من المفروض أن القاصرالذي رفع الأمر إلى القاضي يكون على وعي تام واقتناع بهذا الزواج. فإذا نظر القاضي وكانت النتيجة الزواج فلا يحق للقاصر طلب الفسخ عند زوال المانع. وحلة يكون العاضل غير الأب أو الجد أو الإبن فيكون للقاصر الحق في طلب الفسخ بعد زوال المانع فله الخيار بالافاقة او البلوغ.

2- شروط اللزوم في حالة مباشرة المرأة الزواج دون علم وليها.

ذكرنا أنه عند الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء، يمكن للمرأة أن تباشر عقد زواجها بنفسها. ولكنهم قيّدوا هذا الحق بشرطين، الكفاءة ومهر المثل واعتبروا هذان الشرطان شرطا لزوم إذا توفرا كان العقد لازما بالنسبة للأولياء وبالتالي لا يكون لهم الحق في طلب فسخ هذا الزواج. أمّا إذا لم يتوفرا اعتبر العقد غير لازم لهم ويحق لهم طلب

1- انظر علاء الدين سمرقندي " تحفة الفقهاء ج2 539، مطبعة جامعة دمشق، ط1، ص 220
انظر الامام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 221، الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 88.

الفسخ. ولهذا يجدربنا أن نوضح الشرط الاول: أن يكون الزواج بكفء -أ- ثم الشرط الثاني أن يكون الزواج بمهر المثل -ب-

أ- يشترط في الزواج الذي تباشره المرأة دون علم وليها أن يكون بكفء :

يتفق فقهاء المذهب الحنفي على أن الكفاءة شرط لزوم لابد منه فإذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دو ن علم وليها وبغير كفء يحق له طلب الفسخ (الولي) وهذا رأي الامام أبي حنيفة(1).

وتعتبر الكفاءة شرط لزوم عند بقية الفقهاء (2) شرط لزوم لعقد الزواج فإذا أبرم العقد دون توفرها، اعتبر العقد غير لازم فإذا ابرم الولي العقد ولم تتوفر شرط الكفاءة يحق للاولياء طلب الفسخ.

واعتبار الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة له أدلته من الأحاديث الشريفة وهذه الأحاديث نجدها في الكتب الحديثة ،في أمهات الكتب.

أدلة اشتراط الكفاءة هي :

يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد فنكحها بأمره (3).

وروت عائشة أن حذيفة بن عقبة بن ربيعة بن عبد شمس تبنى سالما، وانكحه ابنة أخيه، الوليد بن عقبة وهو مولى لإمرأة من الأنصار(4).

1- الأحوال الشخصية للشيخ أحمد إبراهيم ، ص80، عن الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص196.

هذا الرأي رواه أيضا بن زياد عن أبي حنيفة، انظر الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص61

2- اشتراط فقهاء المذاهب الأخرى الكفاءة بالاضافة إلى الحنفية، انظر رد المختار ج2، ص 313 بحر الرقائق ج2، ص317، واشترطها الشافعية : نهاية المحتاج ج6، ص248، الام ج5، ص13، واشترطها الحنابلة، المغني ج6، ص480، كشاف القناع ج3، ص83.، واشترطها المالكية، حاشية الدسوقي، ج2، ص291، عن الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 197

3-متفق عليه، عن الكتور وهبة الزحيلي المرجع السابق، ص88

4- رواه البخاري وأبو داود والنسائي، عن محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 136.

الصفات المعتبرة في الكفاءة:

إن الصفات المعتبرة في الكفاءة هي النسب، المال، الحرفة، التدين، الاسلام وقد جاء تفصيل حول هذه الصفات في المراجع القديمة والحديثة على حد سواء(1).

سقوط حق الاولياء في طلب الفسخ :

بالرغم من أن للأولياء الحق في طلب فسخ الزواج الذي أبرمته البالغة العاقلة دون إذنهم ودون تحقيق شروط الكفاءة، يسقط حقهم هذا إذا حملت هذه المرأة، وهذا محافظة على الولد وحماية له (2).

ب- شرط مهر المثل (3) في الزواج الذي ابرمته المرأة دون علم وليها :

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دون علم وليها يجب أن يكون ذلك بمهر مثيلتها من النساء.

يعتبر الكتّاب في اشتراط المهر بأن لهذا الأخير أهمية من الناحية الإجتماعية فعندهم الأولياء يتفاخرون بمهور بناتهم. ويعيرون في حالة زواجها دون مهر مثيلاتها.

ويعطى للزوج فرصة تصحيح الوضع في حالة الزواج دون مهر المثل. فإذا زاد المهر إلى مهر المثل يسقط حقّ الولي في طلب الفسخ. أما إذا لم يوافق الزوج على زيادة المهر إلى مقدار المثل، للولي الحق في طلب الفسخ.

ثانيا :شروط اللزوم المتعلقة بصفات الزوج :

هناك ما يحدث ويخل بالرضا كأن تتزوج المرأة برجل على أساس أنه من بيئة إجتماعية ترغب فيها وعلى مستوى ثقافي معين لكن الحقيقة أن الرجل الذي تريد الزواج منه أو الذي تزوجته فعلا قد أوهمها بهذا وأنه لا ينتسب لا لهذه الفئة الإجتماعية وأنه

1- انظر علاء الدين سمرقندي، المرجع السابق، ص 228-229-230
محمد بن علي بن محمد الشوكاني المرجع السابق، ص (138 - 139).
انظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 199
2-انظر احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 120
3- عند أبي يوسف ومحمد لا يعتبران هذا شرط وبالتالي يلزم النكاح. انظر الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 169

ليس له المستوى الثقافي الذي ادعاه وهنا يكون قد غرّربها -1- كما أن الزوجة قد تتزوج برجل مصابا بمرض يستحيل معه العشرة الزوجية -2-

1- التغرير من الزوج فيما يخص الكفاءة:

من المعروف أن التغرير في حدّ ذاته ينفي عن العقود رضائيتها التامة (1). وبالتالي إذا شاب العقد تغرير من طرف أحد أطراف العقد فلا يكون العقد لازما للطرف الآخر. وفي عقد الزواج إذا حدث وأن وقع تغرير من الزوج فيمايخص الكفاءة يجوز للمرأة كما يحق للولي طلب الفسخ على النحو الذي سنبينه .

ومن صور التغرير أن يتقدم رجل لإمرأة على أساس من أنه من العائلة الفلانية، أو أن له مستوى ثقافي معين، فإذا قبلته على هذا الأساس يكون العقد غير لازم .

خلاف لبعض الكتاب الذين يشترطون مهر المثل فحسب كشرط لزوم فيشترط الدكتور وهبة الزحيلي هذا على المنوال التالي :«أن يكون المهر بالغا مهر المثل إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من غير كفء بالنسبة لها وبالنسبة لوليها. فالرضا غير كامل في هذه الحالة لأن المرأة لو علمت بحالته الإجتماعية الحقيقية أو مستواه الاجتماعي لما قبلت بهذا الزواج».

وإذا كانت قد اشترطت الكفاءة عند عقد الزواج، الكفاءة في النسب(2) وتبيين أن هذا التغرير الذي وقع من الزوج (3) فيما يخص النسب لا يؤدي النقص في كفاءته لكنها لا ترضاه (هذا النقص) في هذه الحالة يوجد رأيان : رأي الحنفية الذين يعطون لها حق الفسخ وبالتالي لها الحق في طلب الفسخ لأن رضاها لم يكن على أساس سليم ولو علمت به لما قبلته زوجا، ويرى زفر على عكس الحنفية أنه ليس لها الحق في طلب الفسخ

1- رد المختار، ج3، ص 714، عن الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 195.
بعض الشراح لا يعتبرون التغرير شرط لزوم، نذكر من بينهم الدكتور وهبة الزحيلي.
2- الامام محمد ابو زهرة، المرجع السابق ص 61
3- التغرير الذي يقع من المرأة يمكن دفعه بالطلاق فهو ليس شرط لزوم، كما أن الكفاءة في المرأة لا تؤثر على أساس أن الرجل لا يعير إذا تزوج بمن هي دونه كفاءة، بهذا أعطي حق الفسخ للمرأة فحسب.
-لكن هناك من يجيز الخيار للرجل أيضا، انظر أبابكر حسن الكشناوي، أسهل المدارك، المجلد 2، ج2، دتر الفكر، ط2، ص 93.

2- خلو الرجل من العيوب المبيحة للفسخ :

هذا الشرط الأخير من شروط لزوم عقد الزواج. وهناك من الكتّاب من لا يعتبره كذلك. إذا كان الزوج مريضا أو كان به عيب لا تعيش معه الزوجة إلاّ بضرر، فلها ان تطلب التفريق من القاضي. وينظر القاضي، إذا تبيّن ماتدعيه المرأة، فرق بينهما. هذا التفريق يكون على أساس العيب الذي لا تدوم معه العشرة الا بضرر. ويعتبره الامام احمد بن حنبل فسخا على عكس مذهب الامام مالك حيث يعتبر هذا التفريق طلاقا. ويتباين الموقفان المذكوران من حيث اعتبار الأول أنه فسخ والثاني انه طلاق على اساس ان الطلاق يحتسب من عدد الطلقات على عكس الفسخ الى غير ذلك من الآثار التي يختلف فيها الطلاق عن الفسخ.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ولا خيار الرؤية لأن عقد الزواج يختلف عن العقود الأخرى سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية السبب.فالعاقدان في الزواج يتعرفان على بعضهما بل ويستحسن أن تكون رؤية المخطوبة وبالتالي ستتمكن من رؤية الخطيب هي الأخرى. ليس هذا فحسب بل من المفروض أن يكون كلّ واحد منها على معرفة تامة بكل مايتعلق بالطرف الآخر سواء من الناحية الجسدية أو من نواحي أخرى لهذا لا يمكن الحديث عن الرؤية أو خيار العيب.

ويجدر بنا قبل الانتهاء من الحديث عن هذا الموضوع أن نشير إلى أنه إذا حدث وأن اكتشفت المرأة عيبا في زوجها وطلبت التفريق لأن حياتها لا يمكن أن تستمر مع هذا الزوج إلا بضرر، فهذا لايعني أن عقد الزواج يدخله خيار العيب لأن من شروط خيار العيب أن يكون العيب موجودا وقت إنشاء العقد. وهذا الشرط غير متوفر في حالة العيوب المبيحة للفسخ لأنه حتّى وإن ظهر العيب بعد إنشاء العقد يحق للمرأة طلب التفريق للضرر، فقد أعطي لها الحق حتى ولو ظهر العيب بعد إنشاء العقد .

وإذا طلبت المرأة التفريق بسبب العيب (المبيح للفسخ) وحكم لها القاضي بذلك فلا يكون هذا التفريق مستندا لوقت العقد بل يكون ثابتا من وقت الحكم وبالتالي تترتب الآثار على هذا الأساس . أما خيار العيب والتفريق يكون مستندا إلى وقت العقد(1).

1-الإمام محمد أبو زهرة،المرجع السابق، ص62

الفصل الثاني : أركان الزواج في قانون الأسرة الجزائري (تحليل ومقارنة)

بعد دراستنا لأركان وشروط الزواج في الفقه نصل إلى موقف المشرع الجزائري الذي سنحاول تحليله وتقييمه. وهذا سيكون من خلال محاولة معرفة مدى موافقة المشرع الجزائري للفقه في موضوع أركان وشروط الزواج، مقارنة ببعض القوانين العربية (المبحث الاول) ثم حاولة تقييم موقف قانون الأسرة الجزائري وإعطاء البديل (المبحث الثاني).

المبحث الاول : مدى موافقة المشرع الجزائري للفقه مقارنة ببعض القوانين العربية

بالمقارنة مع ماسبق حول الأركان والشروط في عقد الزواج وحول ما جاء في قانون الأسرة كما سنرى فيها أوجه شبه وأوجه اختلاف تتمثل أوجه الشبه في ركن الرضا (المطلب الأول) وأوجه الاختلاف تتمثل في "الأركان" الأخرى المتمثلة في الولي والشاهدين والصداق (المطلب الثاني).

المطلب الاول : أوجه الشبه (ركن الرضا)

سبق وان ذكرنا اتفاق الفقهاء على أن الرضا ركن من أركان عقد الزواج(1) وقد تناول المشرع الجزائري هذا الركن بالتفصيل سنحاول دراسته من الجوانب التي تناولها المشرع الجزائري في ركن الرضا (الفرع الاول) ثم الجوانب التي أهملها المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الجوانب التي تناولها المشرع الجزائري في ركن الرضا

تناول المشرع الجزائري ركن الرضا في بعض الجوانب تتمثل في التعريف بالرضا (أولا) ثم تناول صيغة الإيجاب والقبول (ثانيا) وأخيرا التعبير عن الإرادة من العاجز عن

1- يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني، (نفس المرجع، ص 81) أنه بتحليل ركن الرضا نجد أنه لابد لوجوده من توافر العناصر التالية:
- العاقدان
- محل العقد (ويتمثل في المحلية الأصلية)
- الصيغة التي يتم بها العقد.

أولا : التعريف بالرضا

ينص قانون الأسرة الجزائري في مادته العاشرة على مايلي:«يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا». فالمشرع الجزائري في المادة المذكورة أعلاه فقرة أولى يعتبر أن الرضا بشقيه الايجاب والقبول هو ركن في عقد الزواج (1)

هذا ونشير إلى بعض القوانين التي سلكت هذا المسلك :

فالقانون السوري ينص في المادة 5 على مايلي:«ينعقد الزواج بايجاب من أحد العاقدين وقبول من الأخر»(2).

وينص القانون المغربي في الفصل "4"من مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية على مايلي:«ينعقد الزواج بايجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا».

وينص القانون التونسي في الفصل "3"من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على مايلي:«لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين...»

ويجدر بنا أن نشير إلى أن مشروع القانون العربي الموحَّد تناول هذا الموضوع مضيفا أمراً هامّاً وهو اشتراط أن يكون هذا الإيجاب والقبول صادر عن إرادة سليمة خالية من الإكراه(3). وهذا ماتنص عليه المادة 23من نفس القانون ومحتواها مايلي:(«ينعقد الزواج بايجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخرصادرين عن رضىً تام، بألفاظ تفيد معناه لغة أو عرفا...»

ومن خلال هذا العرض لبعض القوانين العربية نلاحظ الإتفاق حول كون الرضى بشقيه الإيجاب والقبول ركن في الزواج.فقانون الأسرة الجزائري قد وفق في هذا وتماشى والمنطق السليم. وكنا نفضل لو أضاف فكرة عدم الإكراه بالنسبة للإيجاب والقبول لكي تكون

1-بينا في الفصل الأول من بحثنا أن الفقهاء يتفقون على أن الرضا هو ركن في عقد الزواج على خلاف بعض "الأركان"الأخرى التي يختلف على اعتبارها كذلك فمن الفقهاء من يعتبرها أركان ومنهم من يعتبرها شروط والعكس صحيح. راجع ص 6 .

2- نلاحظ أن المشرع السوري يجعل عقد الزواج ينعقد بمجرد توفر ركن الرضا.

3- راجع ص 14

1- راجع ص 8

الإرادة سليمة ويتحقّق الهدف المرجو من الزواج.

ثانيا:صيغة الإيجاب والقبول

بيّنّا في الفصل الأول من بحثنا (1) كل ما يتعلق بهذه النقطة.كل لفظ يفيد معني النكاح سواء لغة أو عرفاً ينعقد به الزواج. فكلمة زواج أو نكاح أو كل ما يفيد هذا المعنى لغة أو عرف ينعقد به الزواج وحتى الألفاظ المصحفة يجوزالعقد بها(2). كما يجوز أن يقول أحدهم جئتك أطلب بنت الحسب والنسب فأخْذاً بعرف البلد يصح الزواج.

وتناول المشرع الجزائري هذا الموضوع في المادة 10:«...بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا». وكان من الأفضل لو أخذ المشرع الجزائري بفكرة العرف فهي أشمل خاصة وأن بلادنا واسعة الأرجاء وتختلف فيها اللهجات من مكان لآخر. ففي الغرب مثلا يستعملون كلمة «تجوج» والشرق كلمة"تزوز"عوض تزوج وغيرها من المناطق الأخرى التى لديها عبارة مختلفة إذن عبارة "لغة " وعرفا تكون أشمل وأحق أكثر من «... كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا».

هذا ويرى بعض الكتّاب(3) أنه بحكم القانون تحول الأفراد إلى وسيلة أخرى للتعبير عن إرادتهم، وذلك أمام الموظف المؤهل قانونا هذا بالرغم من أن هناك من يعبّر عن إرادته أمام الطالب وذلك مايسمّى بالفاتحة ثم أمام الموظف لتسجيل عقد الزواج.

ثالثا : التعبير عن الإرادة من العاجز عن الكلام :

قد يكون أحد طرفي العقد شخص لا يمكنه التعبير عن إرادته بالنطق أو شفاهة كأن يكون عاجزا عن الكلام كالأبكم مثلا وهذه الحالة أخذها الفقهاء بعين الاعتبار وكذا المشرع الجزائري.

تنص المادة العاشرة فقرة الثانية من قانون الأسرة على مايلي : «يصحُّ الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة».

من خلال قراءة هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بكلمة العاجز. وكان من الأفضل تحديد أن العاجز المقصود هو العاجز عن الكلام أو النطق هكذا يحدد أي عاجز

2- من أمثلة الألفاظ المصحفة "تزوزت" في الشرق الجزائري

3-عبد العزيز سعد «الزواج والطلاق في القانون الجزائري»، ط2، دار البعث قسنطينة الجزائر، 1989، ص118.

1- «HANDICAPE» كما جاء في النص الفرنسي.

لأن الذي يهمُّنا هو العاجز عن الكلام أو النطق ليس العجز بصفة عامة(1).

أما الوسيلة التي يعطيها المشرع الجزائري للعاجز هو التعبير بكل مايفيد معنى النكاح لغة أو عرفا. فكيف يكون عاجزا عن الكلام ويعبر لغة؟

وأخيرا كان من الأحسن عوض أن يقول المشرع الجزائري (كالكتابة أو الإشارة) أن يكون أكثر دقة وذلك بأن يسبق الكتابة عن الإشارة لأن الكتابة أكثر دقة وأوضح من الإشارة. فإذا كان العاجز يحسن الكتابة فيجوز له أن يعبِّر بالكتابة وإلا يعبِّر بالإشارة. أما إذا كان لا يحسن الكتابة فيجوز له التعبير بالإشارة المفهومة. وعلى أساس ماتقدم فالمفروض أن يقال العاجز عن الكلام عوض "العاجز" ويقال عن الوسيلة "بالكتابة إذا كان يحسن الكتابة وإلا فبالإشارة المفهومة". وينص القانون السوري في مادته العاشرة في هذا الموضوع على مايلي:«يصحُّ الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المعلومة»

وتنص مدوَّنة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل 4 فقرة 2 على مايلي : «يصحُّ الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المعلومة».

وأخيراً تنص المادة 23 من مشروع القانون العربي الموحَّد على مايلي «... وفي حالة العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة».

---

1 - «HANDICAPE» كما جاء في النص الفرنسي.

من بين العناصر التي تتعلق بركن الرضا شروط الإيجاب والقبول (أولا). وكما أن عقد الزواج يبرم أصالة يمكن أن يبرم وكالة. فالوكالة تناولها المشرع الجزائري ضمن المواد التي جاءت تحت عنوان عقد الزواج وإثباته (ثانيا). كما أن هناك أمراً آخر أهمله المشرع الجزائري وهو الزواج بالمراسلة (ثانيا).

أولا : شروط الإيجاب والقبول:

شروط الإيجاب والقبول بالرغم من وجوب تناولها قد أهملها المشرع الجزائري وقد سبق تفصيلها (1) والتي نجملها فيمايلي :

1- موافقة الإيجاب والقبول في كل وجه.

2- إتحاد المجلس

3- أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه.

4- ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر.

إن هذه الشروط مُتَّفَق عليها ولم يشر إليها قانون الأسرة الجزائري كما أسلفنا على عكس بعض القوانين العربية.

فالقانون السوري ينص في مادته 11 على مايلي :

1- يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا متفقين من كل وجه وفي مجلس واحد وأن يكون كل من المتعاقدين سامعا كلام الآخر وفاهما أن المقصود به الزواج وأن لا يوجد من أحد الطرفين قبل القبول مايبطل الإيجاب.

2- ويبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل مايفيد الإعراض من أحد الطرفين»

ويضيف مشروع القانون العربي الموحد شرطا آخر هو الانجاز أي يكون الإيجاب والقبول منجزين حيث ينص في المادة 23 منه على مايلي :«يشترط في القبول مايلي:

1- راجع ص6.

1- أن يكون موافقا للايجاب صراحة وضمنا

2- أن يكون مقترنا بالايجاب في مجلس واحد

3- أن يكون هو والايجاب منجزين

هذا ما كان على المشرع الجزائري أخذه بعين الاعتبار في قانون الأسرة الجزائري. فإهمال شروط الإيجاب والقبول أمر غير معقول.

ثانيا : الوكالة في عقد الزواج

تنص المادة 20 من قانون الاسرة الجزائري على مايلي: «يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة»

وسبق أن ذكرنا بأن هذه المادة لم تأت ضمن تناول أركان عقد الزواج(1). ونلاحظ أن المشرع الجزائري قيَّدَ التوكل في عقد الزواج وجعله بوكالة خاصة ولكنه لم يرتب أي جزاء عن مخالفة حدود الوكالة (2). فالوكالة أمر استثنائي ولما أقره المشرع كان لابد من تقيده كأن يوجب تعيين المرأة وحتى لو كانت الوكالة مطلقة يجب أن تقيد هذه الوكالة بالعرف فلا يجوز للوكيل أن يزوج موكله من امرأة من النوع غير المرغوب فيه من النساء.

ونشير إلى أن القانون التونسي قد وضع قيوداً على الوكالة في عقد الزواج بعد أن أجازها في الفصل 9 منه والذي محتواه مايلي : «للزوج والزوجة أن يتولّيا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا.» وينص في نفس القانون في الفصل 10 منه مايلي : «لا يشترط في وكيل الزواج المشار إليه في الفصل السابق شرط خاص ولكن ليس له أن يوكل غيره بدون إذن موكله او موكلته ويجب أن يحرر التوكيل في حجة رسمية ويتضمن صراحة تعيين الزوجين وإلا عُدَّ باطلا».

ومن هذه المادة نلاحظ أن المشرع التونسي لا يأخذ بالوكالة المطلقة في عقد الزواج.

سبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري لم يتناول الجزاء المترتب على مخالفة الوكالة ولكن المشرع السوري قد أخذ هذا الأمر بعين الإعتبار بعد أن أجاز الوكالة في الزواج. فتنص

1- المشرع السوري تناول الوكالة ضمن الحديث عن أركان الزواج وشرائطه.

2- وقد اكتفى المشرع الجزائري بالوكالة من طرف الرجل ولم يعط الحق للمرأة في التوكيل في عقد الزواج.

المادة 2/8 على مايلي : «ليس للوكيل أن يزوج موكلته من نفسه الا إذا نص على ذلك في الوكالة». هذا عن القيود التي وردت على الوكالة في الزواج في القانون السوري. أما الجزاء عن مخالفة حدود الوكالة فتناولته المادة 9 من نفس القانون التي تنص على مايلي: «إذا جاوز الوكيل حدد وكالته كان كالفضولي موقوفا عقده على الإجازة».

وأخيراً فقانون الأسرة الجزائري لم يعط للمرأة الحق في التوكيل في عقد الزواج، الأمر الذي أجازه المشرع التونسي وكذا السوري. وهذا معناه أن المشرع الجزائري لا يعطي المرأة الحق في مباشرة عقد زواجها بنفسها والدليل هو اعتبار الولي ركن من أركان الزواج(1).

ثالثا : الزواج بالمراسلة :

نظرا لضرورة هذا النوع من الزواج، (الايجاب والقبول عن طريق الكتابة) فقد أجازه الفقهاء،(2) وكان من الأفضل لو أخذ المشرع الجزائري هذا النوع بعين الاعتبار. فكثيرون هم أبناؤنا في الخارج الذين يفضلون الزواج من بنات دينهم ولكن ظروف أعمالهم تحول دون ذلك فيلجؤون لهذه الطريقة. فكان من المفروض أن يحتوي قانون الأسرة على نصوص تنظم هذا الزواج من كل جوانبه(3).

وقد تناول المشرع السوري هذا الموضوع في مادته 7 التي تنص على مايلي: «يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائبا عن المجلس».

1- ارجع الى المطلب الثاني من الصفحة الموالية

2- راجع ص 13

3- كان على المشرع الجزائري عدم إهمال الزواج بالمراسلة وذلك بوضع نصوص تنظمه ووضع شروطاً لهذا الزواج كأن تقرأ الرسالة من طرف المرأة أو في حضرة المرأة في حضور شاهدين وأن يكون القبول في نفس المجلس وأمام الشاهدين.

ولكن الأستاذ عبد العزيز سعد يرى أن المشرع الجزائري لا يعترف بالايجاب والقبول عن طريق المراسلة لأنه لا يعترف الا بما أبرم أمام الموظف المختص أو سجل بقرار قضائي. وهنا نقول أن عقد الزواج ليس عقدا شكليا، فبعد إبرام هذا الزواج، الزواج بالمراسلة يمكن تسجيله بعد توفر أركانه وشروطه.

المطلب الثاني : أوجه الإختلاف

تنص المادة 9 من قانون الاسرة الجزائري ان الشاهدين والولي والصداق أركان في عقد الزواج. وهذا اختلاف بين المشرع الجزائري وماجاء في الفقه على أساس ماسبقت دراسته. هذا وقد لاحظنا اختلاف بين المشرع الجزائري وبعض القوانين العربية التي اعتمدت على الأراء الفقهية في سن نصوصها. وعلى هذا الأساس سنحاول دراسة كل ركن على حدة : الولي كركن في قانون الاسرة (الفرع الاول) ثم الاشهاد "كركن" (الفرع الثاني) وأخيرا الصداق "كركن" (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الولي كركن في قانون الاسرة الجزائري

بالرغم من اعتبار الولي ركن في قانون الاسرة الجزائري الا ان المشرع الجزائري لم يرتب الأولياء على أساس علمي دقيق كما أهمل الشروط التي يجب توفرها في الولي وهو ماسنوضحه في أبحاث في الولاية (أولا) ثم نصل الى القيود والإجازات التي رتبها المشرع الجزائري على الولاية في عقد الزواج (ثانيا).

أولا : أبحاث في الولاية

تتضمن هذه الأبحاث عرض بعض النصوص القانونية العربية التي توصلت الى ترتيب الأولياء اعتمادا على الفقه على أساس جامع مانع وبالتالي عرض ترتيب الأولياء -1- ثم نعرض شروط الولي -2-

1- ترتيب الأولياء :

لقد سبق تعريف الولاية في عقد الزواج(1). وقد حدّد المشرع الجزائري من هم الأولياء في عقد الزواج في المادة 11 من قانون الأسرة التي تنص على مايلي : «يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له». نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع يحصر الأولياء وفي حالة عدم وجود الأب تنتقل الولاية الى أحد الأقارب. ولم يضع المشرع الجزائري قاعدة تمكن من معرفة الأولياء الأقربين. هذا

1-تعرف الولاية أيضا بأنها سلطة ثابتة شرعاً لشخص تخوله حق إجراء عقد زواج لنفسه أو لغيره لسبب من أسباب ولاية التزويج من صغر وبكارة وجنون وغيرها... انظر الأكحل بن حواء "نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية"، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص19.

1- راجع ص67

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ في هذه المادة بالمبدأ الشرعي القائل "القاضي ولي من لا ولي له" ولكنه لم يضع قيودا تحد من سلطة القاضي(1).

أ- على عكس المشرع الجزائري فإن بعض القوانين العربية حددت الأولياء على أساس جامع مانع. فالقانون السوري ينص في مادته 21 على مايلي : «الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرّما».

وتنص المادة 14 من مشروع القانون العربي الموحد على مايلي : «الولي في الزواج هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ...».

ب- لقد اكتفى المشرع الجزائري بتحديد من هم الاولياء على المنوال الذي ذكرناه سابقا. ولكن هناتطرح إشكاليتين هما حالة غياب الأب وخوف تفويت الفرصة على الإبنة من جهة وحالة إبرام عقد من طرف وليين في آن واحد.

- مثال الحالة الاولى : أن يتقدّم شخص لخطبة فتاة وكان مستعجلا في إبرام عقد الزواج للتنقل الى بلد آخر يمارس فيه عمله. وكان هذا الشخص كفئا لهذه الفتاة ومناسبا لها ولكن الوالد غائب فهل تُفَوَّت الفرصة على الفتاة؟ فلأن الأولى أن يعقد زواجها أبوها ولأن في تعطيل زواجها تفويت فرصة، يرفع الأمر الى القاضي. فإذا قدر أنه ستفوت فرصة على الفتاة انتقلت الولاية لمن يليه حسب ترتيب الأولياء. وهذا الأمر لم يعالجه المشرع الجزائري على عكس بعض القوانين العربية الأخرى. فالقانون السوري ينص في مادته 23 على مايلي : «إذا غاب الولي الأقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه».

اما الحالة الثانية : فمثالها أن يبرم العقد وليّان في آن واحد. ففي هذه الحالة إذا كانا غير مستويان في الدرجة حسب ترتيب الإرث فالأسبق في الدرجة هو الذي يعتبر عقده صحيحا بشرط أن يكون الزوج كفءاً للفتاة وأن يزوجها بمهر مثيلاتها وبعبارة أخرى أن يكون الزوج مناسباً للمرأة. أما إذا استوى الوليان في القرب كأن يكون للمرأة أخوان فأيهما أبرم العقد بشروطه اعتبر عقده صحيحا. وهذه الحالة أيضا لم يتطرق لها المشرع الجزائري. أما القانون السوري فينص في مادته 22 على مايلي :

---

1 - راجع ص 67.

« 1- يشترط أن يكون الولي عاقلا بالغا.

2-إذا استوى وليان في القرب فأيُّهما تولى الزواج بشرائطه جاز»

وتنص المادة 14 من مشروع القانون العربي الموحد على مايلي : «... فإذا استوى وليّان في القرب، فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز».

- لقد أعطى المشرع الجزائري حق الولاية للقاضي في حالة عدم وجود الولي. في هذه الحالة هل يجوز له أن يزوج من هي في ولايته من نفسه أو من فروعه أو من أصوله؟

من المفروض بما أن رضا المرأة لا بد منه خاصة وأن العصر قد تغير وأصبح بالإمكان معرفة ارادة المرأة. فمن الممكن أن تعبر عن إرادتها بالقبول بحضور شهود، وطبعا بتوفر باقي الشروط في عقد الزواج.

وينص في هذا الموضوع مشروع القانون العربي الموحد في المادة 18 منه على مايلي : «ليس للقاضي أن يزوج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصله ولا من فرعه.» ونفس المادة نجدها في القانون السوري(1).

2- الشروط التي يجب توفرها في الولي :

هناك شروط متفق عليها بين الفقهاء، وأخرى مختلف فيها (2).

الشروط المتفق عليها :

كمال الأهلية بالعقل والبلوغ والحريّة واتحاد الدين بين الولي ومن في ولايته

الشروط غير المتفق عليها :

- الذكورة هي شرط عند الجمهور غير الحنفية. فقد بينا سابقا (3) أن ولاية النساء تجوز عند الحنفية خلافا للجمهور.

1- نص المادة 25 من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي: «ليس للقاضي أن يزوّج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه»

2- انظر الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 195

3- راجع ص28.

- العدالة : فالمالكية والحنفية لا يشترطون العدالة في الولي.

- الرشد : شرط عند الشافعية والحنابلة.

- خلو الولي من الاحرام بحج أو بعمرة شرط عند المالكية.

نلاحظ من خلال ماتقدّم أن الشروط المتفق عليها هي الأهلية والعقل والبلوغ والحرية(1) والاسلام إذا كانت من في الولاية مسلمة. وفي هذا ينص القانون السوري في المادة 22 على مايلي: «الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا بالغا.»

وينص الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على مايلي : « الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان او أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه»

أما مشروع القانون العربي الموحد فينص في المادة 15 منه على مايلي: «يشترط في الولي أن يكون ذكرا، عاقلا، بالغا، غير محرم بحج اوعمرة مسلما إذا كانت المخطوبة مسلمة».

ثانيا : الإجازات والقيود التي رتّبها المشرع الجزائري على الولاية :

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد اعتبر الولي ركناً في الزواج إلا أنه قد أعطى بعض الإجازات على هذه الولاية (أولا) وفي نفس الوقت قد رتب بعض القيود عليها (ثانيا).

1- الإجازات التي رتبها المشرع الجزائري على الولاية في عقد الزواج

إن قانون الاسرة قد أعطى للولي حق منع ابنته من الزواج (ابنته البكر) إذا كان في المنع مصلحة. هذا ونشير إلى أن المشرع قصر المنع على البنت البكر. فهل معنى هذا أن البنت الثيب التي سبق لها الزواج يحق لها التمسك بمن تريد بدون أن يكون للولي الحق في منعها من هذا الزواج؟ وماهو معيار المصلحة التي تحدث عنها المشرع الجزائري؟

1- يشترط الفقهاء بالإضافة الى الشروط المذكورة شرط الحرية إلاّ أن هذا الشرط يمكن الاستغناء عنه في عصرنا الحالي.

2- القيود التي وضعها المشرع على الولاية في الزواج :

نجد هذه القيود في المادة 12 و13 من قانون الأسرة وتتمثل في عدم المنع من الزواج-أ- وعدم الإجبار على الزواج -ب-

أ- عدم المنع من الزواج :

تنص المادة 12 في فقرتها الأولى على عدم جواز منع الابنة من الزواج ممن تريده (من طرف الولي). وهذا المنع مقيد بشرط أن يكون هذا الزوج أصلح لها. ليس هذا فحسب بل أعطى القانون حق اللجوء للقاضي ورفع الدعوى على الولي العاضل(1).

فإذا أرادت البنت الزواج وقدر بأن هذا الزواج أصلح لها لا يمكن الولي أن يمنعها من هذا الزواج. فهنا نتساءل كيف يعتبر القانون أن الولي ركن ثم يقر هذا بل وأكثر من هذا حيث أعطى القانون الحق في اللجوء للقاضي وعليه نطرح هذه الملاحظات.

- إن الولي الذي لا يجوز له المنع المذكور أعلاه قد يكون الأب لأن الفقرة 2 من نفس المادة تستثني الأب في حالة ابنته البكر فقط. إذن نستطيع أن نقول أن الأب لا يمكن له أن يمنع ابنته الثيب من الزواج كما يمكن لها اللجوء الى القاضي في هذه الحالة.

- إن القانون بالرغم من اعتبار الولي ركناً في الزواج إلا أنه يعطى للقاضي الحق في الإذن للفتاة بالزواج بمن تريد وكان أصلح لها. كيف يمكن هذا والقاضي شخص غريب عن الاسرة. فهل يمكنه معرفة مصلحة البنت أكثر من الولي خاصة إذا كان هذا الأخير أبوها؟ ومن ناحية أخرى فإن القضاء في عصرنا الحالي ليس كما كان عليه الحال سالفا حيث كان القاضي قريباً من أفراد المدينة التي يمشي فيها ويكون يعرف أغلب الأشخاص إذ القاضي عندنا يتعامل مع الملفات وغالبا ماتكون كثيرة. فلا يمكن له معرفة مصلحة البنت أكثر من أبيها.

كيف يمكن للقاضي مراعاة المادة 9 وهذه المادة تعتبر الولي ركن في عقد الزواج؟

1- تنص المادة 212 من قانون الأسرة على مايلي: «لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من القانون».

ب- عدم جواز الإجبار على الزواج :

بالإضافة الى ما سبق أن تقدم تضيف المادة 13 قيداً على الولاية حيث تنص على مايلي: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها».

إن هذه المادة تؤكد أمرا هاما هو رضا الفتاة وبالتالي لا يمكن أن يزوجها الولي إذا لم تكن راضية بهذا الزواج. وهذا أمر متفق عليه في مختلف المذاهب والقوانين وذلك باعتبار الرضا ركن في عقد الزواج بل باعتباره الركن الوحيد المتفق عليه في مختلف المذاهب الفقهية كما أنه لا رضا مع إكراه.

من خلال ماتقدم نعيد طرح السؤال كيف يعتبر الولي ركناً في عقد الزواج وتعطى كل هذه الإجازات للفتاة التي قد تصل الى حد اللجوء الى القضاء؟

فرضى الفتاة لا بد منه في عقد الزواج طبقا لما جاء من أحكام في شريعتنا الغراء ونظرا لعاداتنا وتقاليدنا التي تفرض علينا بعض القواعد من بينها عدم مباشرة المرأة لعقد زواجها، ونظرا للحياء الذي تتصف به الفتاة المسلمة لا بد من مباشرة وليها عقد زواجها. فعليه لابد من رضا المرأة كمبدأ ثم موافقة الولي على الزواج بالإضافة الى موافقتها ثم أخيراً مباشرة الولي لهذا العقد(1).

1-ينص الفصل 2/12 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على مايلي : «2- لا تباشر المرأة العقد ولكن تفوض وليها ليعقد لها».

الفرع الثاني: الشاهدان والصداق ركنان في الزواج في قانون الأسرة

اعتبر قانون الأسرة الشهادة ركناً من أركان الزواج في قانون الأسرة إلا أن المشرع الجزائري لم يفرد لها مواداً كما حدث مع الرضا والولي والصداق. فقد اكتفى المشرع باعتبار الشهادة ركناً من أركان الزواج حسب ماجاء في المادة 9. وعلى هذا سنحاول دراسة الشهادة من خلال مايلي : حكم الإشهاد -1- ثم شروط الشهود -2-.

1- حكم الإشهاد :

إذا تحقّق التراضي بين الزوجين فالعقد ينعقد شرعا بتحقق ركن الرضا ولكن لا يترتب عليه آثاره إلاّ إذا توفرت شروط الصحة.

وشرط صحة عقد الزواج شرط زائد عن رضا الطرفين وهو شهرة بحضور الشهود(1).

وقد سبق أن أوردنا أحاديث شريفة تتناول الشهادة في عقد الزواج(2). ويقول الشوكاني في نيل الأوطار "أن الحق الإشهاد والنفي الوارد في الأحاديث بأن لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل يستلزم أن يكون الاشهاد شرطا"(3).

وبالإضافة إلى موقف الكتاب نجد القوانين العربية تعتبر الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج وفيمايلي مواد في بعض منها.

تنص المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية السوري على مايلي :«يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول وفاهمين المقصود بهما».

وينص الفصل 5 من مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية على مايلي : «1- يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين ...»

ينص الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على مايلي : «لا ينعقد

1- زهدي يكن، الزواج ومقارنته بقوانين العالم، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ط2، ص40.

2- راجع ص 23

3- المرجع السابق

- وبما أن عقد الزواج يشترط لانعقاده ركن الرضا ولترتيب آثاره شروط صحة منها الاشهاد للإعلان عنه يعتبره بعض الكتاب عقد شكلي، انظر عادل أحمد سركيس، الزواج وتطور المجتمع، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة 1967، ص125.

الزواج إلا برضا الزوجين وتنص الفقرة الثانية على مايلي: «ويشترط لصحة الزواج اشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة».

كما يشترط مشروع القانون العربي الموحد الإشهاد لصحة عقد الزواج في مادته 33 على مايلي : «يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين ...»

يتضح من خلال عرض هذه المواد ومن خلال ماتقدم من الفقه حول الإشهاد أنه شرط صحة لاركن كما جاء في قانون الأسرة الجزائري. وكنا نفضل لو أخذ المشرع الجزائري بهذا المنطق.

2- شروط الشهود :

لم يتناول المشرع الجزائري شروط الشهود بالرغم من اعتباره أن الشهادة ركن في الزواج. ولكن القوانين العربية قد أخذت بالآراء الفقهية حول هذه الشروط وفيما يلي المواد المتعلقة بهذا الموضوع.

فالقانون السوري ينص في المادة 12 منه على مايلي : «يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول وفاهمين المقصود بهما».

وتنص مجلة الأحوال الشخصية التونسية في فصلها 4 على مايلي : «... ويشترط لصحة الزواج اشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة».

وتنص مدوّنة الأحوال الشخصية في فصلها الخامس على مايلي : «يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه ومن الولي بعد موافقة الزوجة وتفويضها له».

وأخيرا تنص المادة 33 من مشروع القانون العربي الموحد على مايلي : «يشترط في الشاهدين أن يكونا مسلمين، عاقلين بالغين من أهل الثقة، سامعين الإيجاب والقبول، فاهمين أن المقصود بهما الزواج».

يرى بعض شراح قانون الاسرة الجزائري(1) أن هذا الأخير يتضمن شروط الشهود لكن قد فعل ذلك تاركا إياها لقانون الحالة المدنية(2)

وقانون الحالة المدنية الجزائري يشترط في شهود عقد الزواج أن يكونوا قد بلغوا سن الواحد والعشرين من عمرهم على الاقل، وأنه لا فرق بين أن يكونوا من أقارب الزوجين المشهود لهما أو من غيرهم ولا فرق أن يكونوا نساء أو رجالا، وبين أن يكونوا مسلمين أو غير مسلمين.

ويلاحظ على هذه المادة إمكانية إضافة إلى ملاحظة الدين التي من المفروض أن يكون قد فصل فيها المشرع بما يتماشى ورأي الأغلبية من الفقهاء فيشترط الاسلام في الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين نلاحظ مايلي :

لم يحدد المشرع الجزائري عدد الشهود صراحة ويمكن استنتاج أن العدد يكون برجلين او رجل وامرأتين وتستبعد شهادة إمرأتين.

وقد أهمل المشرع الجزائري شرط العدالة. ويمكن أن يعبر عليه بأهل الثقة كما جاء في بعض القوانين العربية وهو تعبير يتماشى مع العصر والاضافة الى إتصافه بالدقة.

ولم تشترط المادة المذكورة حضور شاهدين في مجلس العقد وسماع كلام العاقدين والفهم ان المقصود منه إبرام عقد الزواج.

وأخيرا لا يفرق المشرع الجزائري بين أن يكون الشهود من أهل الأقارب المشهود لهم اولا. هذا مااقره الفقهاء(3) نظرا لكون الهدف من الاشهاد اخراج العقد من السرية والاعلان والشهادة في حالة جحود العقد من طرف الرجل أو المرأة.

ويمكن أن يسجل بناء على ماتقدم حول الشهادة أن الشهادة شرط صحة وليست ركنا في الزواج. وكان على المشرع الجزائري أن يتخذ هذا الموقف. كما كنا نفضل لو تناول المشرع الجزائري في قانون الأسرة شروط الشهود في عقد الزواج وفقا لما جاء في

1- الدكتور عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص130

2- بما ان قانون الاسرة الجزائري صدر بعد صدور قانون الحالة المدنية وبما أن قانون الاسرة تناول الشهود فكان من المفروض أن تكون شروط الشهود في قانون الأسرة الجزائري.

3- الحنفية

الأحاديث النبوية الشريفة وماتوصل إليه الفقهاء. والشروط هي الأهلية بالعقل والبلوغ، العدالة (أو أن يكون من أهل الثقة)، أن يكونا رجلين مسلمين إذا كان الزوجان مسلمين، حضورهما في مجلس العقد، سماع كلام العاقدين وفهم أن المقصود به هو الزواج، ويجوز ان يكونا من اهل الزوجين.

ويمكن أخذ أو الإستغناء عن شرط إذا كان الزوجان مسلمين.

إن هذا الفراغ الذي تركه المشرع الجزائري في قانون الاسرة والمتمثل في إهمال وضع نص قانوني يحدد شروط الشهادة في الزواج، يجعل القاضي الجزائري يعتمد على مراجع فقهية. وقد تكون الآراء مختلفة في هذا الموضوع الشيئ الذي قد يجعل قاضيان يحكمان بحكمين مختلفين في نفس القضية. فقد يجيز قاضٍ شهادة امرأتين ورجل تطبيقا لما جاء عند الحنفية، في حين أنه قد يرفضها قاضٍ آخر إذا اعتمد على مصدر آخر غير المذهب الحنفي فلا يجيز شهادة الرجل وامرأتين.

قد جاء عن القاضي الجزائري، في أحد قررات المجلس الأعلى(1) أن الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين. وعلى هذا فشهادة النساء في الزواج غير جائزة. وبالتالي فشرط الذكورة شرط من شروط الشهادة في عقد الزواج بالنسبة للقاضي الجزائري وكذلك شرط العدالة.

1- قرار رقم 43889 بتاريخ 1986/12/15، المجلة القضائية الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1993، ص37، راجع ملحق رقم

- وهذا الموقف نلمسه في القرار رقم 55706 بتاريخ 1989/12/11، راجع ملحق رقم 2.

على غرار الولي والإشهاد اضافة الى ركن الرضا، يعتبرالمشرع الجزائري الصداق ركنا من أركان عقد الزواج وعليه سنحاول دراسته من خلال تعريفه ومقداره (أولا) وطبيعته (ثانيا) وأخيرا حالته (ثالثا)

أولا : تعريف الصداق ومقداره :

يعرف الصداق بأنه المال الذي يدفعه الرجل للمرأة رمزا لرغبته في الاقتران بها(1).

فالصداق يعتبر إكراما للمرأة ورمزا لإظهار النية في الاقتران بها، واظهار استعداد الرجل لتحمل مسؤوليته نحوها والتي من بينها الانفاق عليها، وليس كما يرى البعض ان المهر هو ثمنا للمرأة.

هذا ويعرف قانون الاسرة الجزائري الصداق في مادته 14 التي تنص على مايلي : «الصداق هو مايدفع نحلة للزوجة من نقود او غيرها من كل ماهو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء».

وعرف المهر أيضا مشروع القانون العربي الموحد في مادته 35 فيمايلي : «هو مايبذله الزوج من مال مشعرا بالرغبة في الزواج».

وينص الفصل 16 من مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية على مايلي : «الصداق مايبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لإنشاء أسرة وتثبيت أسس المودة والعشرة».

فالمهر إذن يجب أن يكون مماهو مباح شرعا فكل ماخرج عن هذا الإطار لا يمكن اعتباره مهرا، كأن يمهر رجل زوجته مجموعة خنازير.

أما عن مقدار المهر(2)، فلا يوجد تحديداً له لا في الكتاب لا في السنة.

1-عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص132

-الصداق مأخوذ من الصدق لدلالته على صدق الزوجين في موافقة الشرع، انظر ابابكر حسن الكشناوي، المرجع السابق، ص 105.

2- يحدد البعض أقل الصداق بربع دينار شرعي أو ثلاثة دراهم شرعية او مايقوم مقام ذلك من العروض، وذلك اعتبارا بما تقطع به يد السارق انظر نفس المرجع.

- ويرى البعض الآخر أن أقل الصداق هو عشرة دراهم، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : «لا مهر أقل من عشر دراهم» عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق، ص 264، ويجمع الفقهاء على أنه لاحدّ أقصى للمهر.

وينص الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على مايلي : «كلُّ ماكان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً ويجب أن لا يكون تافها ولاحد لاكثره وهو ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت.

كما ينص الفصل 17 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على مايلي : «1- كل ماصح التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا.

2- لا حد لأقل المهر ولا أكثره.»

ونفس الموقف اتخذه المشرع السوري في مادته 53 حيث يقرِّرُ انه لاحد لأقل المهر ولا لأكثره»

أما قانونُ الأسرة الجزائري فقد اشترط تسميته في العقد ولم يحدد مقداره. والمهم أن لا يكون المهر تافها.

ثانيا : طبيعة المهر(1)

بالرغم من اعتبار البعض بأن المهر ليس شرطا بل هو أثر من آثار عقد الزواج نجد بعض القوانين العربية تعتبره شرط صحة من بينها القانون التونسي في فصله الثالث «.. ويشترط لصحة الزواج، تسمية المهر». ونفس الشيء بالنسبة للقانون المغربي في فصله الخامس. أما مشروع القانون العربي الموحد يعتبر عدم إسقاط المهر شرط صحة.

كل القوانين التي سبق ذكرها لم تعتبر المهر ركنا في عقد الزواج. فقد استندت الى آراء فقهية تتَّفق على أن المهر ليس ركنا فيه بل يمكن إبرام العقد دون تسمية المهر ويجوز العقد الذي لم يسمَّ فيه المهر ويثبت فيه مهر المثل(2). ويستند القائلون بهذا الى قوله تعالى «لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة». وهذه الآية دليل على أنه يجوز إبرام العقد دون تسمية المهر لأنه لايكون طلاق إلاَّ بعد زواج صحيح.

بل حتى المشرع الجزائري الذي اعتبر الصداق ركنا إلاَّ أنه أجاز أن يكون مؤجلا فكيف يكون ركنا ثم يكون مؤجلا؟

1- بيّنا في شروط الصحة غير المتفق عليها أن المالكية خلافا لجمهور الفقهاء يعتبرون الصداق شرط صحة.

2- بدران أبو العينين، كتاب الزواج والطلاق في الاسلام عن عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص 133.

ثالثا : حالات الصداق

قد يكون الصداق معجلا كله، وقد يكون مؤجلا كله، وقد يكون مؤجلا بعضه ومعجلا في البعض الآخر. وهذا ما ينص عليه المشرع الجزائري في مادته 15 التي تنص على مايلي : «يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان مؤجلا أو معجلا». فكيف يكون الصداق ركنا؟ ثم يجيز المشرع أن يكون مؤجلا كما أسلفنا؟

وينص القانون السوري في مادته 55 على مايلي : «يجوز تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضا وعند عدم النص يتبع العرف». وتنص المادة 56 من نفس القانون على مايلي : «التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة مالم ينص في العقد على أجل آخر».

وينص الفصل 20 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على مايلي : «يجوز تعجيل المهر او تأجيله لأجل مسمى كلا أو بعضا حين العقد.»

هذا وتجدر الإشارة الى أن الزوجة تستحق المهر بمجرد العقد الصحيح. هناك حالات تستحق فيها المرأة المهر كله وحالات نصف المهر. وتستحق المرأة المهر كله بمجرد العقد الصحيح. إما بالدخول الحقيقي، أو بوفاة الزوج، أو بالخلوة الصحيحة(1). كما أنها تستحق نصف المهر في حالة تسميته بعد الفسخ أو الطلاق ولم يحصل دخول أو خلوة حقيقية.

هذا وتنص المادة 38 من مشروع القانون العربي الموحّد على أن المهر يجب كله بالعقد الصحيح، ويتأكّد بالدخول أو الوفاة ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البينونة مالم ينص في العقد على خلاف ذلك. وتنص نفس المادة على أن المطلقة تستحق نصف المهر قبل الدخول إذا كان مسمّىً وإلا حكم لها القاضي بنصف مهر مثيلاتها.

أما قانون الأسرة الجزائري فينص في مادته 16 على مايلي: «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول».

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 276

وهذا ماحكم به المجلس الأعلى(1) حيث حكم باستحقاق الزوجة لكامل الصداق التي توفى زوجها ولم يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق.

ونلاحظ أن المادة 16 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص على استحقاق المرأة المهر كاملا في حالتي الدخول والوفاة. ستكون أكثر شمولا لو أضيفت عبارتي عقد صحيح، واستحقاق المهر بالخلوة الصحيحة.

وفي هذا الشأن أن أحد قرارات المجلس يؤكد على أن يكون العقد صحيحا. كما يعطي للمرأة الحق في كامل الصداق بتأكد الخلوة الصحيحة(2)

وقد تناول المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون الأسرة حالة النزاع على المهر والتي نصها مايلي : «في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين».

وقد اعتمد القاضي على هذه المادة في النزاع بين الزوجين حول الصداق(3).

1- قرار رقم 45301 بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1992، ص 66، ملحق رقم3.

2 - قرار رقم 74375 بتاريخ 1991/06/18 المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الأول ص 61 ملحق 4.

3- قرار رقم 54198 بتاريخ 1989/06/05، المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1990، ص 66، ملحق رقم5.

- قرار رقم 73515 بتاريخ 1991/06/18، المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1992، ص 69، ملحق

المبحث الثاني : تقييم وإعطاء البديل

بعد تحليل مواد قانون الاسرة الجزائري سنحاول تقييم موقف قانون الاسرة الجزائري على أساس ماتقدم من دراسة للفقه ومقارنة ببعض القوانين العربية وهذا التقييم يكون من خلال تقييم الأمور التي تناولها المشرع الجزائري واقتراح البديل (المطلب الاول) ثم دراسة الشروط التي أهملها قانون الاسرة واقتراح مواد تتناول هذا الموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الاول : تقييم موقف قانون الاسرة حول أركان الزواج واعطاء البديل.

لقد اعتبر المشرع الجزائري كما سبق ذكره الرضا والشاهدين والولي والصداق أركانا في عقد الزواج. وقد توصلنا إلى نتيجة أن الركن هو الرضا اما الباقي فهي شروط وسنحاول على هذا الاساس اقتراح بعض المواد البديلة أو المكملة أو المعدلة. فالفرع الاول يتمثل في دراسة الأركان والفرع الثاني يتمثل في دراسة الشروط في عقد الزواج اما الفرع الثالث فيتناول التسجيل في قانون الأسرة والقضاء الجزائري.

الفرع الاول : أركان الزواج (تقييم واعطاء البديل)

تناول المشرع الجزائري ركن الرضا ونلاحظ من خلال المواد التي تتناول الزواج الباطل والزواج الفاسد (1) أن المشرع الجزائري قد فرق بين ركن الرضا و"الأركان" الاخرى وذلك حين جعل أثر تخلف أحد الأركان الثلاثة الأخرى (الشاهدين، الولي، الصداق) الفسخ قبل الدخول والثبوت بعد الدخول (وهذا لا يمكن ان يكون بالنسبة للأركان).

وهذا دليل على اعتبار المشرع الجزائري أن ركن الرضا يختلف عن الأركان الاخرى.

وقد تناول المشرع الجزائري ركن الرضا في مواد تضمنت التعريف بالرضا ثم صيغة الايجاب والقبول و التعبير عن الإردة من العاجز عن الكلام. وقد أهمل مشرعنا سن مواد تحديد شروط الإيجاب والقبول والزواج بالمراسلة. فنقترح أن يكون الحديث عنها ضمن المواد المتعلقة بركن الرضا. وعلى هذا الاساس ستكون اقتراحاتنا فيما يلي: اقتراح مواد تحدد أركان عقد الزواج (أولا) ثم مواد في التوكيل في الزواج والزواج بالمراسلة (ثانيا) ثم مواد في المحرمات (ثالثا).

1- في المادة 33 من قانون الاسرة الجزائري.

أولا : مواد في أركان الزواج :

المادة 1 : «ينعقد الزواج بتوفر ركن الرضا ويشترط لانعقاده توافر شروط العاقدين كالأهلية والأنوثة المحققة في المرأة والرجولة المحققة في الرجل، والا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا».

المادة 2 : «يكون الرضا بالايجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر صادرين عن رضا تام» .

المادة 3 : «يصحّ التعبير عن الإرادة من العاجز عن الكلام بالكتابة إذا كان يحسنها وإلا فبالإشارة المفهومة».

المادة 4 : «يشترط في الايجاب والقبول :

1- أن يكونا متفقين من كلّ وجه صراحة أو ضمنا.

2- أن يصدرا في مجلس واحد.

3- أن يسمع كل من الموجب والقابل كلام الآخر ويفهمه.

4- ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر.

5- أن يكونا منجزين».

المادة 5 :«تكون أهلية العاقدين بالعقل والتمييز(1)».

ثانيا : مواد في التوكيل والزواج بالمراسلة

المادة 6 : «يجوز التوكيل في عقد الزواج

يجب أن تعين المرأة في عقد الوكالة وإن لم تعين المرأة يجب أن تكون من النوع المرغوب فيه من النساء ».

المادة 7 : «يجوز الزواج بالمراسلة.

يشترط قراءة الرسالة أمام الشهود وإصدار القبول في نفس المجلس وأمام الشهود».

1- الأهلية القانونية المنصوص عليها في قانون الاسرة قيد على تسجيل عقد الزواج كما هو الشأن بالنسبة للتسجيل فهو قيد وليس ركنا في الزواج. فعقد الزواج عقد رضائي. ويتفق الفقهاء على أن أهلية العاقدين تكون بالعقل والتمييز. فالأهلية والتسجيل ماهي إلاّ قيود قانونية أضيفت الى الأركان والشروط. راجع ص14.

ثالثا : المحرمات.

لقد تناول المشرع الجزائري المحرمات مؤبدا والمحرمات مؤقتا في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الاسرة.

ويضيف حالة من الزواج، حالة زواج المسلم بامرأة لا تدين بدين سماوي.

المادة 8 : «لا يجوز زواج المسلم بامرأة لا تدين بدين سماوي».

الفرع الثاني . شروط الزواج (تقييم واعطاء البديل)

لم ترد أيّة مادة حول شروط الصحة في عقد الزواج. فلقد اقتصر المشرع الجزائري على تحديد "أركان " الزواج. ولقد سبق وأن بيّنا ماهي شروط الصحة من خلال ماجاء في الفقه. وقد توصلنا إلى هذه الاقتراحات المتمثلة في تحديد ماهي شروط الصحة في عقد الزواج. ثم حاولنا تناول كل شرط على حدى: الإشهاد(أولا) ثم الولاية (ثانيا) ثم الصداق (ثالثا).

المادة 9 : «يشترط لصحة عقد الزواج:

1- حضور الشاهدين

2- موافقة الولي، بعد موافقة المرأة، ومباشرته للعقد.

3- عدم إسقاط المهر

4- ألاّ تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة فيها شبهة أو خلاف بين الفقهاء».

أولا : الإشهاد :

لم ترد مواد في الإشهاد في عقد الزواج في قانون الأسرة كما هو الشأن بالنسبة للولي والصداق.

وعلى أساس ماتقدم نقترح أن تكون النصوص التي تنظم تنحصر في شروط الإشهاد.

المادة 10 : «يشترط في الشهود أن يكونوا رجلين أو رجل وامرأتين، بالغين، عاقلين، مسلمين، من أهل الثقة حاضرين في مجلس العقد، سامعين للايجاب والقبول وفاهمين أن المقصود منهما هو الزواج، ولا فرق أنّ يكونا مّن أهل الزوجين أو لا».

ثانيا : الولاية :

لم يحدّد المشرع في قانون الأسرة الولي بترتيب الأولياء ترتيبا جامعا مانعا ولم يتناول شروط الولي وهذا ماسنحاول عرضه.

المادة 11 : «الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط إن يكون محرما.

القاضي ولي من لا ولي له.»

المادة 12 : «يشترط في الولي أن يكون بالغا، عاقلا، ذكرا، مسلما.»

المادة 13 : «إذا استوى وليان في القرب فأيّهما تولى العقد بشرائطه جاز».

المادة 14 : «إذا غاب الولي الأقرب وخيف أن تفوت فرصة على الفتاة، انتقلت الولاية لمن يليه.»

المادة 15 : «لا يزوج القاضي من هي في ولايته من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه إلاّ بعد موافقتها».

ثالثا : الصداق (1)

لقد عرف المشرع الجزائري الصداق وحدّد حالاته ومتى تستحق المرأة الصداق؟ والنزاع على الصداق ولم يتناول مقدار الصداق وعند الحديث عن استحقاقه كان من الادق استعمال عبارة بمجرد العقد الصحيح واضافة حالة الخلوة الصحيحة كما يلي :

المادة 16: «لاحد لاقل المهر أو أكثره بشرط أن لايكون تافها»

المادة 17: «تستحق المرأة الصداق بمجرد العقد الصحيح إما بالدخول الحقيقي أو بوفاة أحد الزوجين أو بالخلوة الصحيحة.»

المادة 18 : «تستحق المرأة نصف المهر المسمى في العقد بعد الطلاق».

1- يعتبر البعض الصداق أثر من آثار الزواج وقد أخذت بهذا المنطق بعض القوانين منها القانون السوري الذي تناول الصداق ضمن آثار الزواج.

عند الحديث عن أركان الزواج وشروطه لابدّ من الإشارة إلى التسجيل (1). فهل التسجيل ركن في عقد الزواج وبالتالي يكون الزواج من العقود الشكلية أم أن التسجيل ليس من أركان الزواج وبالتالي فالزواج عقد رضائي يكفي لقيامه توفر شروطه الشرعية. وللإجابة على هذا السؤال سنعرض موقف المشرع (أولا) ثم موقف القضاء (ثانيا)

أولا: التسجيل في قانون الأسرة الجزائري

لقد تناول المشرع الجزائري التسجيل في المادة 18 من قانون الأسرة تحت عنوان:الزواج وإثباته.ولم يتناوله عند الحديث عن أركان العقد.وهذا دليل على أن التسجيل ليس من الأركان في نظر المشرع الجزائري.وبالرغم من هذا إلا أن هناك من يرى البعض أن ورود التسجيل تحت عنوان عقد الزواج وإثباته معناه أن المشرع لا يقصد الاثبات فحسب لأنه لو كان كذلك لكان العنوان اثبات عقد الزواج لا عقد الزواج واثباته.

ثانيا: موقف القضاء من التسجيل في الزواج.

لمعرفة المزيد حول هذا الموضوع، سنعرض موقف القضاء الجزائري حول التسجيل فالمجلس الأعلى في إحدى قراراته يقضي بتصحيح زواج عرفي متوفر على أركانه حيث يقرّر أن القضاء بتصحيح زواج عرفي متوفر على أركانه التامة والصحيحة وتسجيل هذا الزواج في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم هو قضاء موقف(2).

وتجدر الاشارة إلى أن هذا القرار صادر في سنة 1989 أي بعد صدور قانون الأسرة بخمس سنوات وهذا دليل على أن التسجيل في نظر القاضي الجزائري ليس ركنا في الزواج.

وفي قرار آخر صدر عن المجلس الأعلى يعتبر القاضي الجزائري أن الزواج العرفي لازال معمولا به إذا توفرت هذه الأركان والشروط(3).

1- يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني أن ركن الزواج وشروطه هي شروط شرعية أما التسجيل والأهلية فهي قيود قانونية:

2- قرار رقم 58224 بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الرابع ص 110 (راجع ملحق رقم7)

3- قرار رقم 75344 بتاريخ 1990/04/30، المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الرابع، ص 67، راجع ملحق رقم 8

ونلاحظ هنا أن القاضي الجزائري بالإضافة إلى كونه يأخذ بالزواج العرفي فهو يعتبر أن لعقد الزواج أركان وشروط على عكس ماجاء في قانون الأسرة كما أسلفنا سابقا.

وأخيراً نشير إلى قرار آخر من بين القرارات التي تناولت موضوع التسجيل في عقد الزواج (1). هذا القرار يقضي بأنه من المقرر قانونا أنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية. وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا للقانون.

وعلى أساس ماتقدّم نستنتج أن التسجيل ليس ركنًا ولا شرطًا في عقد الزواج وإنما يشترط للاثبات وفقا لماجاء في قانون الاسرة الجزائري من جهة وماجاء في القضاء من جهة أخرى.

1- قرار رقم 55706 بتاريخ 1989/02/11، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الاول، ص 48.
ويعطي قرار آخر بأن دعوى الاثبات لا تحدد بمهلة : قرار رقم 71732 بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية لسنة 1975 العدد الثاني، ص 51
أ-توجد ثلاث معاني للحكم الشرعي:

المطلب الثاني: اقتراح مواد في شروط الزواج بعد تكوينه

لم يتناول المشرع الجزائري في قانون الاسرة لا شروط اللزوم ولا شروط النفاذ وهذا مانلاحظه عى باقي القوانين العربية التي اكتفى القليل منها بمجرد الاشارة في مادة اومادتين لهذا الموضوع وعلى هذا الاساس سنحاول اعتمادا على ماجاء في الفقه اقتراح نصوص على شكل مواد تتعلق بشروط النفاذ (اولا) ثم شروط اللزوم (ثانيا)

أولا : اقتراح مواد في شروط النفاذ

المادة 19 : «يشترط لنفاذ عقد الزواج :

1- إجازة الولي الاقرب إذا زوج الولي الابعد مع وجود هذا الولي الاقرب

2- إجازة الولي للعقد الذي ابرمه الصبي المميز

3- إجازة من عقد الزواج لصالحه للعقد الذي ابرمه الفضولي

4- إجازة الموكل إذا خالف الوكيل فيما وكل به»

ثانيا : اقتراح مادتين في شروط اللزوم:

لقد تناول المشرع السوري شروط اللزوم تحت عنوان الكفاءة ولم يتناول اغلب القوانين العربية الاخرى وهكذا فعل المشرع الجزائري كما اسلفنا ولهذا سنحاول اقتراح مادتين تضمان شروط اللزوم.

المادة 20 : «يشترط للزوم عقد الزواج عدم طلب الفسخ ممن له الحق وذلك في الحالات الآتية

1- إذا زوج فاقد الأهلية او ناقصها غير الأب او الجد او الابن عدم طلب فسخ عقد الزواج عند البلوغ او الافاقة من طرف القاصر

2- في حالة التغرير من الزوج فيما يخص الكفاءة، عدم طلب الفسخ من المرأة ومن الولي

3- إذا كان بالرجل عيب من العيوب المبيحة للفسخ، عدم طلب الزوجة الفسخ.»

المادة 21 : «تراعى الكفاءة حسب عرف البلد وعند ابرام العقد.»

الباب الثاني

أحكام الزواج (1) (الأثر المترتب عن تخلف احد أركان او شروط الزواج)

بعد دراستنا لأركان وشروط عقد الزواج نصل إلى الآثار المترتبة على تخلف أحد الأركان أو هذه الشروط في فصلين: أحكام الزواج في الفقه (الفصل الأول) وأحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري (الفصل الثاني)

الفصل الاول : احكام الزواج في الفقه

إن الهدف من بحثنا كما سبق وأن ذكرنا هوتحليل المواد المتعلقة بأركان وشروط عقد الزواج والآثار المترتبة على تخلف ركن من هذه الأركان أو شرط من هذه الشروط في قانون الاسرة الجزائري. وقد سبق تناول الجزء الاول من البحث وهانحن بصدد دراسة الجزء الثاني، وهذا لا يتسنى لنا تحليل المواد المتعلقة بالموضوع إلاّ بعد الاطلاع على موقف الفقه في هذا المجال. وعليه ستكون دراسة الجزء الثاني من هذا البحث على المنوال التالي: مبحث تمهيدي (أنواع الزواج)ويليه مبحثان : تناول الزواج غير الصحيح (المبحث الاول) والزواج الصحيح (المبحث الثاني).

أ- المعنى الأول: قد يعني التكليف الشرعي، تكليف الشارع شخص ما بفعل الشيء أو تركه وعليه يمكن أن يكون الفعل فرضا أو واجبا أو سنة أو مندوبا

ب- المعنى الثاني: الأثر المترتب على انعقاد الزواج صحيحا من احكام على كل من الزوجة والزوج.

جـ- المعنى الثالث: قد يعني الحكم ايضا صفة العقد من حيث صحته أو بطلانه أو فساده وهو مايطلق عليه الحكم الوضعي. وهذا المعنى هوالذي يعنينا لأنه يعني الأثر المترتب شرعا طبقا لتوافر الأركان وشروط عقد الزواج أو عدم توافرها.

انظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 248، احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص31

المبحث التمهيدي: أنواع الزواج

نقسم عقد الزواج إلى زواج صحيح وزواج غير صحيح، وذلك تبعا لتوافر أركانه وشروطه أو عدم توافرها. فالعقد الذي توافرت أركانه وشروطه يعتبر عقدا صحيحا. واذا توافرت أركان العقد وشروطه بما فيها شروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم يعتبر عقدا صحيحا يترتب عنه كل آثاره الشرعية.والعقد الصحيح يقسمه الفقهاء إلى(1) عقد صحيح نافذ وعقد صحيح موقوف. والعقد النافذ الذي توافرت فيه شروط النفاذ ينقسم هو الآخر فيمكن أن يكون لازما أو غير لازم. أما غير الصحيح فهو العقد الذي اختلت بعض أركانه أو بعض شروطه ويقسم إلى زواج باطل وزواج فاسد.

.يفرق الحنفية خلافا لجمهور باقي المذاهب الفقهية الأخرى(2) بين الزواج الباطل والزواج الفاسد. فكل نوع يختلف عن النوع الآخر من حيث التعريف ومن حيث الحالات ومن حيث الأثار المترتبة على كلّ نوع. فعند الحنفية الزواج الباطل هو الزواج الذي فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط الانعقاد، أما الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطا من شروط الصحة. هذا بخلاف جمهور الفقهاء الذين لا يفرّقون بين الزواج الباطل والزواج الفاسد فالزواج الباطل أو الفاسد عندهم هو الزواج الذي فقد شرطا من شروط الصحة. والفرق لا يكمن هنا فقط بل النتيجة واحدة فجمهور الفقهاء خلافا للحنفية يرون نفس الأثر سواء أكان العقد فاسدا أو كان باطلا.

.نظرا لهذا الخلاف الفقهي نجد بعض القوانين العربية لاتفرّق تفريقا جيّداً بين الزواج الباطل والزواج الفاسد. كما لا تتّفق هذه القوانين على أنواع الزواج الباطل والزواج الفاسد. ونجد القانون السوري الذي أخذ بالمذهب الحنفي يفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد. أما قانون الأسرة الجزائري فيحتاج إلى تحليل لأنه أخذ موقفا جديدا في هذا المجال وهذا ماسنحاول دراسته.

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 252

2- نفس المرجع

المبحث الاول: الزواج غير الصحيح

سبق وأن ذكرنا أن الزواج غير الصحيح ينقسم إلى زواج باطل وزواج فاسد. هذا عند الحنفية خلافا للمذاهب الفقهية الأخرى وعليه سندرس كل نوع على حدى. الزواج الباطل (المطلب الاول) ثم الزواج الفاسد (المطلب الثاني).

المطلب الاول : الزواج الباطل

بما أن الزواج الباطل غير الفاسد عند الحنفية، فالحنفية يعرفونه تعريفا مختلفا عن الزواج الفاسد على عكس فقهاء المذاهب الفقهية الأخرى كما سنرى. ونفس الشيء بالنسبة للأنواع والحالات. وعليه سنعرف الزواج الباطل ونحدّد حالاته (الفرع الاول) ثم نبيّن آثاره (الفرع الثاني).

الفرع الاول : تعريف الزواج الباطل وأنواعه

تعريف الزواج الباطل في المذهب الحنفي والمذاهب الأخرى (اولا) ثم نبيّن حالاته في المذاهب المختلفة (ثانيا).

أولا : تعريف الزواج الباطل

الزواج الباطل عند الحنفية هو الزواج الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده (1)

ومن خلال هذا التعريف نلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الأثر المترتب على ركن أو شرط من شروط الانعقاد فيرتبون عنه البطلان والاثر المترتب على تخلف شرط من شروط الصحة كما سنرى على عكس المذاهب الاخرى.

فعند المالكية الزواج الباطل هو الزواج الذي حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته (2).

أمّا الشافعية (3) عندهم النكاح الباطل ماختل ركنه والفاسد مااختل شرطه وطرأ له

1- انظر الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص112، الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 198، احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 132، الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 252

2- الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص112

3-نفس المرجع.ص118

الفساد بعد انعقاده. وحكمهما عند الشافعية واحد غالبا. فسواء اختل ركنه أو شرطه بعد الانعقاد فلا يترتب عليه أثر من آثار الزواج الصحيح. وعلى هذا فالزواج الباطل والفاسد واحد عند الشافعية.

من خلال هذين التعريفين نلاحظ عدم التفريق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد كما سبقت الاشارة. هذا من ناحية، ونلاحظ من ناحية أخرى أن المالكية يرتّبون على تخلّف ركن في عقد الزواج البطلان وعلى تخلف شرط صحة البطلان والشافعية والحنابلة يرون نفس الشيء.

لقد سبق وأن بينّا أن الركن يعتبر جزء من حقيقة الشيئ فهو ما لابدّ منه وكان جزء من حقيقة الشيء وأن الشرط الذي هو خارج عن حقيقة الشيء فهو مالابدّ وكان خارجا عن حقيقة الشيئ. فهذا الفرق بين الركن والشرط يترتب عنه فرق في الأثر المترتب على تخلف الركن والأثر المترتب على تخلّف الشرط. وعلى هذا الأساس سندرس الزواج الباطل بأنواعه المختلفة عن أنواع الزواج الفاسد تبعا لتخلف أركان الزواج.

ثانيا : أنواع الأنكحة الباطلة

نظرا للخلاف الذي ذكرناه بين الفقهاء، لا يوجد اتفاق على أنواع الأنكحة الباطلة.

ويمكن معرفة حالات الزواج الباطل بتطبيق تعريفه. فالزواج الذي تخلفه ركنا من أركانه أو شرط من شروط انعقاده فهو زواج باطل ويمكن تحديد الأنواع في مايلي (1) :

1- عدم توفر ركن الرضا بشقيه الإيجاب والقبول وشروطهما.

2-عدم توفر شروط العاقدين كالأهلية بالنسبة للمتعاقدين والأنوثة المحقّقة في المرأة والرجولة المحقّقة في الرجل.

3- الزواج بإحدى المحرمات مؤبدا بالقرابة أوبالمصاهرة أوبالرضاع.

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 261، زكي الدين شعبان المرجع السابق، ص 51، مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 189.

- Ghouati Ben Memellaha: "Le droit algérien de la famille" O.P.U. Alger. P 115 et 116.

أما الشافعية والحنابلة والمالكية فقد صنّفوا أنواع الزواج بطريقة أخرى:
انظر الدكتور وهبة الزحيلي. المرجع السابق، ص من 112 الى 122

4- الزواج بإحدى المحرمات مؤقتا والمتمثل في الحالات التالية:

- الزواج بزوجة الغير أو معتدته
- الجمع بين الاختين أو من في حكمهما
- زواج الرجل بخامسة وفي ذمته أربعة نساء
- زواج الرجل بمطلقته ثلاث طلقات متتاليات
- ز واج المسلمة بغير المسلم وزواج المسلم بإمرأة لا تدين بدين سماوي

5- الزواج المؤقت وزواج المتعة

الفرع الثاني : أثار الزواج الباطل

يعتبر الفقهاء الزواج الباطل كالعدم (1). وعليه، فبالنسبة للفقهاء، العقد الباطل عقد لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح. وحتى في حالة الدخول بالمرأة، يرى هؤلاء الفقهاء أن هذا الدخول وطء حرام لا يترتب عليه أي أثر.

فإذا لم يدخل الرجل بالمرأة لا يحلّ له الدخول بها وليس له طاعة عليها وليس لها مهر ولا نفقة ولا يتوارثان في حالة وفاة أحدهما. وإذا دخل الرجل بالمرأة في الزواج الباطل يجب عليهما أن يفترقا اختيارا وإلاّ فرق القاضي بينهما جبراً. ولكل مسلم الحق في رفع الدعوى، دعوى التفريق حسيبة لله، بل يجب عليه ذلك إلاّ إذا قام بذلك غيره. وتجب إقامة حدّ الزنا عليهما في حالة علمهما بالتجريم : عند جمهور الفقهاء إلاّ الحنفية. ولا تجب على المرأة، بالإضافة للآثار المذكورة أعلاه، لا تجب عليها العدة الشرعية بعد التفريق، وحتى الاولاد لا ينسبون لأبويهم في الزواج الباطل (2).

ولكن، ونظرا لمبدإ الحفاظ على الولد يرى بعض الكتاب المعاصرون انتساب الولد لأبويه في الزواج الباطل (3).

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التفريق بين ركن المحلية والأركان الأخرى. ونرى أنه يجب

1- الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 204.

2- يرى الفقهاء ان الزواج الباطل لا يترتب عليه اي أثر، الدكتور مصطفى السباعي. المرجع السابق، ص 204، الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 114، الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 252

3- الاستاذ الغوتي بن ملحة ، المرجع السابق، ص 216

هذا التفريق لأن ركن المحلية متعلق بمسألة التحريم الواردة بنصوص قرآنية صريحة. فإذا كان البطلان راجع لاختلال أحد أركان الزواج غير ركن المحلية ينسب الولد لأبويه ولا تترتّب على هذا الزواج أي أثر من آثار الزواج الصحيح. أما إذا اختل ركن المحلية فلا يترتب عليه أيّ أثر إلاّ نسب الولد في حالة جهل الرجل والمرأة بهذا التحريم.

المطلب الثاني : الزواج الفاسد

يعتبر الزواج الفاسد زواجا غير صحيح (هو نفسه الزواج الباطل عند جمهور الفقهاء غير الحنفية). وعلى غرار دراستنا للزواج الباطل ندرسه من خلال تعريفه وأنواعه(الفرع الأول) ثم آثاره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الزواج الفاسد وأنواعه.

من خلال تعريف الزواج الفاسد عند الحنفية (أولا) يمكننا استخراج حالات الزواج الفاسد وأنواعه (ثانيا).

أولاً: تعريف الزواج الفاسد

يعرف الزواج الفاسد بأنه الزواج الذي فقد شرط من شروط صحته(1). ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن الحنفية على خلاف جمهور الفقهاء يفرّقون بين شروط الصحة وشروط الانعقاد من خلال الأحكام، وبالتالي عندهم، يترتّب على تخلّف شرط الصحة الفساد وهو عكس ماعرضناه حول بطلان الزواج بحيث يترتب على تخلف شرط من شروط الصحة البطلان عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية(2).

- ويجدر بنا أن نشير إلى أن جمهور الفقهاء يعرفون الزواج الفاسد بأنه الزواج الذي فقد شرطا من شروط انعقاده أو شرطا من شروط صحته.

من خلال هذا التعريف لو أخذنا بمذهب جمهور الفقهاء لاعتبرنا أثر تخلّف شروط الصحة التي سبق وأن ذكرناها-البطلان-(مع الملاحظة أن شروط الصحة غير متفق عليها بالإجماع بين المذاهب الفقهية الأربعة على النحو الذي بيناه في الجزء الأول من بحثنا)(3) وسبق أن بيّنا أن تخلّف شرط من شروط الصحة يترتّب عليه الفساد الذي هو نفسه

1- انظرأحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 133، الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 198، الدكتور عبد الرحمان الصابوني، ص 253، زكريا البرى، المرجع السابق، ص 94

2- راجع ص 22.

3-راجع ص 73.

البطلان عند جمهور الفقهاء. وبالتالي آثار الزواج الفاسد عندهم هي آثار الزواج الباطل المذكورة. وذلك خلافا للحنفية كما اسلفنا.

ثانيا : أنواع الأنكحة الفاسدة

يمكن تحديد الأنكحة الفاسدة بتطبيق تعريف الزواج الفاسد (تعريف الحنفية). وبالتالي فتخلف شرط من شروط الصحة يترتب عليه الفساد. وبناء على ماتقدّم حول شروط الصحة(1) يمكن حصر حالات الزواج الفاسد في الحالات المتفق عليها في الفقه، وحالتين تطبيقا لاقتراحهما كشرطين لصحة الزواج. يعتبر الزواج فاسدا في الحالات الآتية:

1-الزواج بغير شهود : بما أن الشهود شرط صحة في عقد الزواج فتخلفهما يجعل العقد فاسدا.

2- عدم موافقة الولي ومباشرته للعقد : في حالة عدم موافقة الولي ومباشرته للعقد يكون العقد فاسدا. فالعقد الذي يبرم دون موافقة الولي ويباشر من طرف شخص غير الولي يعتبر فاسدا.

3-الزواج الذي أسقط فيه المهر : بما أن عدم إسقاط المهر اعتبرناه شرط صحة فتخلفه يجعل الزواج فاسدا.

4- الزواج بإحدى المحرمات حرمة فيها شبهة أو خلاف بين الفقهاء (2) كالزواج بأخت المطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن، والزواج بالمطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن.

5- الزواج بإمرأة الغير بلا علم بأنها متزوجة(3).

1- راجع ص 22

2-الحالتان 2 و3 توصلنا إليها بعد اقتراحهما كشرطي صحة

3- يعتبر أبو حنيفة نكاح المحارم مع عدم العلم بالحرمة زواجا فاسدا ويخالفه الصاحبان وهو الراجح عند الدكتور عبد الرحمان الصابوني.

عند الحديث عن آثار الزواج يجب أن نفرق بين حالتين هما آثار الزواج الفاسد قبل الدخول (اولا) ثم آثار الزواج الفاسد بعد الدخول (ثانيا).

أولا : آثار الزواج الفاسد قبل الدخول

الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل لأن الحكمة من ترتيب الآثار على الزواج الفاسد هي استثناء لإنقاض ما يمكن انقاضه كنسب الولد لأبويه وغيرهما من الآثار التي سنراها بعد التطرق لآثار الزواج الفاسد قبل الدخول. فإذا عقد رجل على امرأة بعقد لم تتوفر فيه شروط الصحة كان الزواج فاسدا وبما أنه لم يدخل بها فهذا الزواج في حكم الباطل وبالتالي لا يترتب عليه أيٍّ أثر من آثار الزواج الصحيح فلا يجب لها مهرٌ ولا يجوز الدخول فيه ولا تجب لها نفقة ولا طاعة ولا عدة ولا تثبت بها حرمة مصاهرةٍ ولا نسب ولا يتوارثان في حالة وفاة أحدهما (1).

ثانيا : آثار الزواج الفاسد بعد الدخول:

إذا دخل الرجل بالمرأة التي عقد عليها بعقد فاسد عليهما أن يفترقا اختيارا وإلاّ فرق القاضي بينهما جبراً. هذا ونشير إلى أنه يجوز لكلّ واحد بل يجب على كلّ واحد أن يرفع الدعوى للقاضي لإزالة المنكر من غير أن يكون لدى هذا المدعي مصلحة خاصة(2).

ومن ناحية أخرى يثبت الحق لكلّ واحد من الطرفين في طلب فسخ العقد من غير حضور الطرف الآخر وهذا الحق يثبت حتى في حالة الدخول بالمرأة دفعا للمنكر ولكن رغم هذا، فلا يقام عليهما حدّ الزنا لوجود شبهة العقد، فالحدود تدرأ بالشبهات وإنما يعزرهما القاضي بهدف زجرهما على فعلهما هذا. هذا بالنسبة للعقد الفاسد بصفة عامة. ويستثنى حالة الدخول بالمحارم عند الامام أبي حنيفة. هذه الحالة عنده لا توجب حدّ الزنا ويخالفه في هذا الصاحبان وهو الراجح(3).

والآثار التي تترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول يمكن تلخيصها فيمايلي (4):

1- انظر احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص133، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 109

2- نفس المرجع.

3- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 260.

4- انظر احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص133-134، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 110-111، الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 253-254.

1- عدم وجوب الحدّ ولكن يجب تعزيرهما.

2- وجوب المهر: بما أن الحد قد انتهى يجب للمرأة المهر تطبيقا للقاعدة العامة التي تنص على انه إذا انتفى الحد يجب المهر(1) ويكون على المنوال التالي:

أ- إذا خلا من التسمية في هذه الحالة يجب لها مهر المثل بالغا مابلغ

ب- إذا سمي المهر يجب الاقل من مهر المثل ومن المسمى

3-حرمة المصاهرة :حرمة المصاهرة أثر من آثار الزواج الفاسد فإذا دخل الرجل في الزواج الفاسد بزوجته بزواج الفاسد يحرم عليه أصولها وفروعها. ونفس الشيء بالنسبة للمرأة يحرم عليها أصوله وفروعه وغيرهم من المحرمين عليها.

4-النسب : إذا دخل الرجل بزوجته في الزواج الفاسد وانجب منها ولدا يجب التفريق بينهما ولكن حرمة للولد ينسب هذا الولد لأبويه إذا وضعته أمّه في مدة الحمل المحددة وهي أقلها ستة اشهر من تاريخ الدخول وأكثرها سنة من تاريخ التفريق.

5- وجوب العدة : إذا دخل الرجل بالمرأة المعقود عليها بزواج فاسد كما سبق وأن ذكرنا، يجب أن يفرق بينهما القاضي إذا لم يفترقا اختيارا فإذا افترقا على المرأة ان تعتد من وقت المفارقة والهدف من وجوب العدة براءة الرحم. أما إذا مات الزوج بعد دخوله بالزوجة التي تزوجها بنكاح فاسد فعليها أن تعد عدة طلاق لا وفاة.

6- نفقة العدة : تستحق المرأة نفقة العدة إذا كانت جاهلة بفساد النكاح (2).

هذه الآثار التي تترتب على الزواج الفاسد بعد الدخول ولا تترتب آثار أخرى فلا نفقة ولا طاعة لأن النفقة تثبت بالزواج الصحيح. ولا توارث لان التوارث يثبت بالزواج الصحيح أيضا.

1- وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة :«كل وطء (وقاع) في دار الاسلام لا يخلو من عقر أي حدّ أو عقر أو مهر» انظر الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 110

2- انظر مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 205، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 254.

المبحث الثاني : الزواج الصحيح (العقد الموقوف والزواج غير اللازم)

بينّا في الجزء الأول من بحثنا أن للعقد شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم وبينّا في المبحث الأول من هذا الفصل أن الأثر المترتب على تخلف ركن أو شرط من شروط الانعقاد هو البطلان والاثر المترتب على تخلف شرط من شروط الصحة هو الفساد. بقي لنا أن نبيّن الأثر المترتب على تخلف شرط من شروط النفاذ والأثر المترتب على شرط من شروط اللزوم. وفي الحالة الأولى يكون العقد موقوفا وفي الحالة الثانية يكون العقد غير لازم. وسنحاول دراسة هذين النوعين من الزواج من خلال تعريف العقد الموقوف والزواج غير الازم وأنواعهما (المطلب الأول) ثم الآثار المترتبة على العقد الموقوف والزواج غير اللازم ومقارنة بينهما (المطلب الثاني).

المطلب الاول: تعريف الزواج الموقوف والزواج غير اللازم وأنواعهما

قبل تصنيف أنواع كلّ نوع من النوعين المذكورين أعلاه من الزواج لابدّ من تعريفهما (الفرع التمهيدي)ثم دراسة حالات العقد الموقوف (الفرع الاول) ثم حالات الزواج غير اللأزم (الفرع الثاني).

فرع تمهيدي : تعريف العقد الموقوف والزواج اللازم

العقد الموقوف هو زواج صحيح وهو العقد الذي تتوقف آثاره على إجازة من له الولاية بالاجازة(1).

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نلاحظ أن الزواج الموقوف على عكس الزواج الباطل والزواج الفاسد هو زواج صحيح توفرت فيه أركانه وشروط صحته وكل مافي الأمر أن نفاذه متوقف على اجازة صاحب الشأن، من له حق الإجازة.

أما الزواج غير اللأزم فهو الزواج الصحيح الذي يملك فيه أحد طرفيه أو الولي حق الفسخ بعد أن استوفى شرائط الانعقاد وشرائط الصحة وشرائط النفاذ ولكنه لم يستوف شرائط اللزوم(2).

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 254.

2- نفس المرجع ص 255

وقبل التعرّف على حالات الزواج الموقوف والزواج غير اللازم يجدر بنا أن نلاحظ أن في الزواج غير اللازم الزوجية قائمة فإذا حكم بفسخ هذا العقد فهذا حكم لا يقضي برفع العقد على عكس الزواج الموقوف، فإذا ردت إجازته فهذا الرد يلغي العقد(1).

الفرع الأول : حالات الزواج الموقوف :

لقد سبق لنا أن ذكرنا شروط النفاذ لعقد الزواج (2). فعدم تحقّق شرط من هذه الشروط يجعل العقد موقوفا على إجازة من له الولاية بالإجازة إجازة إمّا الولي أو أحد الزوجين. وعليه يكون عقد الزواج موقوفا في الحالات الآتية :

أولا : إذا عقد الصبي المميز عقد زواجه فزواجه متوقف على إجازة وليه:

لقد اعتبرت الشريعة الاسلامية أهلية الزواج بالعقل والتمييز وذلك لأهمية عقد الزواج بالنسبة للفرد بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة. وخاصة نظرا لكون هذه العلاقة الزوجية توجب واجبات لا يمكن أن يتحمّلها إلاّ الشخص العاقل المميّز، كما يترتب عنه انجاب الأولاد وبالتالي التكفل بهم وتربيتهم تربية صالحة لهدف تكوين مجتمع سليم. وعلى هذا الأساس فالصبي المميز بصفة عامة يمكنه أن يعقد زواجه. ولكن إذا حصل وعقد الصبي المميّز عقد زواجه فهذا التصرف قيده الشارع بأن جعل تصرفه هذا متوقفاً على إجازة وليّه. فإذا أجازه صح وإذا لم يجزه بطل لأن الولي في هذه الحالة سيرى الأمور من الناحية الموضوعية لأن بإمكانه تقييم الأمور على الوجه الصحيح.

ثانيا : إذا زوج الولي الأبعد مع وجود ولي أقرب فعقده متوقف على إجازة الولي الأقرب

إن هدف الشريعة من ترتيب الأولياء هو مصلحة المولى عليهم وذلك حسب وفور الشفقة أكثر لدى كل مرتبة تسبق مرتبة أخرى والتزويج من طرف الأولياء تكون الأولوية فيه لأصحاب المراتب الأسبق. فإذا حدث وزوّج ولي أبعد مع وجود ولي أقرب فيكون هذا الولي قد خالف القواعد نظرا لافتراض توفر الشفقة لدى الولي الأقرب بدرجة أكبر من الولي الابعد. ونتيجة هذه المخالفة هي توقف هذا العقد على إجازة الولي الأقرب الذي قد يجيز هذا العقد وقد لا يجيزه. فإذا أجازه صحّ وإذا لم يجزه لم يصح.

1- الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 255.
2- راجع ص29

ثالثا : إذا عقد الفضولي عقد زواج لغيره من غير ولاية ولا وكالة سابقة فعقده متوقف على اجازة من عقد لصالحه.

يحدث في الحياة اليومية أن يزوج شخص شخصا آخر دون وكالة ودون أن يكون وليا على هذا الشخص. وهذا العقد موقوف على من عقد لصالحه. هذا ويمكن أن يقبل الرجل بهذا الزواج كأن يكون مستعدا للزواج ويكون هذا الزواج موافقا له من حيث اختيار الزوجة. فهنا، إذا أجازه صح العقد لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. ولكن قد يكون الرجل الذي أبرم العقد لصالحه غير مستعد للزواج أو أن الزوجة المختارة ليست هي التي يرغب فيها فهنا يمكن عدم اجازة العقد و بالتالي يبطل هذا العقد.

رابعا : إذا خالف الوكيل فيما وكل به فعقده متوقف على إجازة الموكل

من المفروض أن يتقيد الوكيل بما وكل به ولكن قد يحدث العكس فيخالف الوكيل ذلك كأن يطلب منه رجل تزويجه بإمرأة ذات أوصاف معينة فيزوجه بإمرأة ذات أوصاف أخرى. فإذا قبل الموكل بهذه المرأة وأجاز العقد صحّ أما إذا لم يقبل ولم يجزه فلا يصح هذا العقد.

الفرع الثالث : حالات الزواج غير اللازم :

على غرار ما ذكر حول أنواع الزواج الموقوف يمكن استخلاص حالات الزواج غير اللازم من خلال عدم توفر شروط اللزوم. وبالتالي يمكن تلخيص حالات الزواج غير اللازم فيما يلي :

أولا : إذا كان المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب أو الجد أو الإبن

فهذا عقد غير لازم ويحق لفاقد الأهلية وناقصها عند الإفاقة أو البلوغ طلب الفسخ حتى ولو كان العقد بمهر المثل. حماية لفاقد الأهلية ولناقضها جعلت الشريعة المزوج لفاقد الأهلية أو لناقصها هو الأب أو الجد أو الابن وذلك لوفور الشُفْعَة لدى هؤلاء. وإذا زوج غير هؤلاء فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب والجد والابن يحق للقاصر بعد البلوغ أو الإفاقة حق طلب فسخ هذا العقد حتى لو كان بمهر المثل.

ثانيا : إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دون إذن وليها ودون مهر المثل(1) وبغير كفء

يحق لوليها طلب فسخ العقد عند الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء ويمكن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها بشرط أن يكون ذلك بكفء وبمهر المثل وإذا لم يكن الأمر كذلك يحق لوليها طلب فسخ هذا العقد.

ثالثا : إذا وقع تغرير من الزوج فيما يخص الكفاءة يمكن فسخ هذا العقد:

قد يلجأ بعض الشباب إلى التغرير كادعاء الإنتساب إلى أسرة غير أسرتهم أو حمل شهادة لم يتحصّلوا عليها فعلا. فلهذا تعطي الشريعة الحق في طلب فسخ هذا العقد لان هذا العقد غير لازم.

رابعا : إذا كان بالزوج عيب من العيوب المبيحة للفسخ :

في هذه الحالة يكون الزواج غير لازم بالنسبة للمرأة. فإذا كان الزوج مريضا مرضا يستحيل معه العشرة الزوجية يحق للمرأة طلب فسخ هذا العقد.

1- هذا الشرط استغنينا عنه عند اقتراح شروط اللزوم لاعتبار أن البالغة العاقلة يباشر زواجها وليها.

المطلب الثاني : أثار الزواج الموقوف والعقد غير اللازم والمقارنة بينهما

بعد استعراض حالات الزواج الموقوف والزواج غير اللازم نصل إلى آثار كل نوع من هذين النوعين من الزواج ، أثار الزواج الموقوف (الفرع الاول) آثار الزواج غير اللازم (الفرع الثاني) ثم المقارنة بينهما (الفرع الثالث).

الفرع الاول: أثار الزواج الموقوف (1)

بالرغم من أن الزواج الموقوف زواج صحيح، إلا أنه متوقف على إجازة من له الحق في الإجازة كما سبق ان ذكرنا. وللحديث عن آثار الزواج الموقوف يجب أن نفرق بين حالتين آثار الزواج الموقوف الذي لم يجز قبل الدخول (أولا) ثم آثار الزواج الموقوف الذي لم يجز بعد الدخول (ثانيا).

قبل الاجازة لا يترتب على عقد الزواج الموقوف أي أثر من آثار الزواج الصحيح. فلا يجوز الدخول بالزوجة ولا يجب لها مهر ولا يتوارثان في حالة وفاة أحدهما.

أما إذا حصلت إجازة ممن له الحق في إجازة العقد، صار العقد نافذا وبالتالي يترتب عليه كل آثار الزواج الصحيح. فيحق للرجل الدخول بزوجته ويجب لها المهر والنفقة وثبوت النسب وحرمة المصاهرة الى غيرها من آثار الزواج الصحيح.

أما إذا لم يجزه صاحبه فيفرق بين حالتين

أولا : آثار الزواج الموقوف في حالة عدم الاجازة قبل الدخول:

إذا لم يجز العقد ممن له الحق في إجازته يكون العقد باطلا وكل دخول فيه حرام ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح. فلا مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا غيرها من الآثار.

ثانيا : آثار الزواج الموقوف في حالة الدخول بعد وقبل رد الإجازة :

إذا حصل دخول بالرغم من رد الإجازة، يكون العقد باطلا وبالتالي لا يترتب عليه أي

1- انظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 254، الدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 109، الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 206.

أثر من آثار الزواج الصحيح(1). فلا مهر ولا عدة ولا نفقة ولا يتوارثان في حالة وفاة أحد الزوجين، فهو وطء حرام لأنه اعتبر كأنه لم يكن بالرفض.

أما إذا حصل دخول ثم لم يجزه صاحب الشأن، يجب التفريق بين الرجل والمرأة، ففي هذه الحالة يأخذ حكم الزواج الفاسد وبالتالي تترتّب عليه الآثار التالية :

1- وجوب الأقلّ من المسمى ومهر المثل.

2- ثبوت النسب

3- وجوب نفقة العدة إذا لم تكن المرأة عالمة بالفساد

4- حرمة المصاهرة

1- الدكتور مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 206.

الفرع الثاني : آثار الزواج غير اللازم (1)

إذا تخلّف شرط من شروط اللزوم كان لمن له الحق في طلب الفسخ، طلب ذلك. والأمر هنا لا يخلو من حالتين : أن يتم الفسخ قبل الدخول أو أن يتم الفسخ بعد الدخول. وفي هذه الحالة إما أن يكون ذلك قبل الحمل (أولا) أو بعده (ثانيا)

فإذا استعمل من له الحق في طلب الفسخ هذا الحق- بسبب عدم توفر شرط من شروط اللزوم - والمثال أن تطلب المرأة فسخ العقد بسبب التغرير الذي وقع من الزوج فيما يتعلق بالكفاءة. فإذا حكم بفسخ هذا العقد قبل الدخول ، لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا يجوز الدخول وتحرم المصاهرة وفي حالة موت أحدهما لا يتوارثان ولا طاعة إلى غير ذلك من آثار الزواج الصحيح.

أولا : آثار الزواج غير اللأزم في حالة الفسخ قبل حمل المرأة

إذا فسخ عقد الزواج بسبب عدم توفر شرط من شروط لزومه، وكان ذلك قبل حمل المرأة تترتب الآثار الآتية :

1- توجب للمرأة نفقة العدة

2- الإرث

3- حرمة المصاهرة

هذا إذا تمَّ الفسخ قبل الحمل أما إذا كان حمل من هذا الزواج فالوضع هذا سنراه فيمايلي :

ثانيا : آثار الزواج غير اللازم بعد الحمل

إذا طلب فسخ الزواج غير اللازم بعد حمل المرأة فلن يحكم بهذا الفسخ لأن الحق في طلب الفسخ يسقط بمجرد حمل المرأة وذلك محافظة على الولد ولأن تخلف شرط من شروط اللزوم بعد تكوين العقد صحيح بتوفر شروط انعقاده وشروط صحته وشروط نفاذه، لا يؤثر كثيرا على العقد. فشروط العقد في هذه الحالة متوفرة وكذلك شروط نفاذه التي باختلالها يبطل العقد. فاختلال شرط من شروط اللزوم لا يكون على درجة من الجسامة تدفع الشارع لإبطال العقد .

1- نفس المرجع ص 207.

بعد عرض آثار كل نوع من نوعي الزواج الذين نحن بصدد دراستهما، يمكن إجراء مقارنة بسيطة بينهما فيما يخصُّ الآثار وهذه المقارنة ستكون من خلال اوجه التشابه (اولا) ثم أوجه الاختلاف (ثانيا)

أولا : أوجه التشابه :

تتمثل أوجه التشابه في كون كلٍّ من العقدين صحيحاً. فالعقد الموقوف عقد صحيح ولكن آثاره تتوقف على إجازة من له الحق في الإجازة، فإذا أجيز تترتب عليه آثار الزواج الصحيح من توارث وطاعة ومهر ونسبٍ الى غيرها من آثار الزواج الصحيح. أما الزواج غير اللازم فهو عقد صحيح ولكن يحقُّ لأحد طرفيه أو الولي طلب فسخه فإذا لم يطالب من له الحق في طلب الفسخ بذلك تترتب على هذا العقد كافة آثاره، آثار الزواج الصحيح. كما أن طلب الفسخ أو ردّ الإجازة يترتب عليهما عدم جواز الدخول بالمرأة.

ثانيا : أوجه الأختلاف

1- من حيث الآثار : إن ردت الإجازة في العقد الموقوف يقضى برفع العقد ويلغى وجوده، أما طلب الفسخ فهو لا يقضي برفع العقد .

2- بعد الدخول : إذا دخل الرجل بالمرأة في العقد الموقوف، رغم رد الاجازة فالعقد يعتبر باطلا ولا يترتب عليه أي أثر، أما إذا ردت الإجازة بعد الدخول فتترتب على هذا الدخول بعض الآثار(1). أما في الزواج غير اللازم إذا حصل دخول قبل أو بعد طلب الفسخ تترتب بعض الآثار(2). أما إذا حملت المرأة يسقط الحق في طلب الفسخ، فالأمر يختلف من نوع إلى آخر ففي العقد الموقوف لا يفرق بين حالة حمل المرأة أو حالة عدم حملها.

فإذا ردت الإجازة في العقد الموقوف ثم حصل دخول فلا يترتب على هذا الدخول اي أثر. اما إذا طلب الفسخ وحصل دخول يترتب عليه قبل الحمل الإرث والنفقة وحرمة المصاهرة.

1- راجع ص 85

2- راجع ص 86

الفصل الثاني :موقف قانون الأسرة الجزائري

بعد الاطلاع على أحكام الزواج في الفقه الإسلامي نصل إلى موقف قانون الأسرة الجزائري منها الذي اكتفى بنوعين هما الزواج الفاسد والزواج الباطل (المطلب الأول) وأهمل نوعين هما: الزواج الموقوف والزواج غير اللازم، وسندرسهما من خلال تقييم لما جاء حول أحكام الزواج في قانون الأسرة الجزائري ثم إعطاء البديل (المبحث الثاني).

المبحث الأول : أحكام الزواج طبقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري.

لقد اكتفى المشرع الجزائري عند الحديث عن الأثر المترتب على تخلف "أركان الزواج" بالحديث على الزواج الباطل والزواج الفاسد وعلى هذا الأساس سنبين النوع الثاني الزواج الفاسد (المطلب الأول) ثم النوع الأول الزواج الباطل (المطلب الثاني) تماشيا مع الترتيب الذي جاء في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول : الزواج الفاسد.

لقد تناول المشرع الجزائري الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري. وقد أخذ هذا النوع حيزا كبيرا بالمقارنة مع النوع الثاني الزواج الباطل. وعلى عكس بعض القوانين العربية التي تعطي تعريف الزواج الفاسد اكتفى المشرع الجزائري بسرد حالاته في المادة 32 (الفرع الأول) ثم حالات أخرى في المادة 33 (الفرع الثاني) ثم تقييم ما جاء في قانون الأسرة الجزائري حول الزواج الفاسد مقارنة ببعض القوانيين العربية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : حالات الفسخ طبقا للمادة 32 قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي : « يفسخ النكاح إذاختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج».

وعلى أساس هذه المادة يمكن تلخيص حالات الفسخ التي تضمنها المادة فيما يلي: إذا اختل أحد أركانه (أولا) اشتمال العقد على مانع (ثانيا) اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضياته (ثالثا) وأخيرا ثبوت ردة الزوج (رابعا).

أولا : إذا اختل أحد أركانه

كيف يمكن القول بأن إختلال ركن من أركان الزواج يترتب عنه الفسخ؟ بتطبيق القواعد العامة تخلف ركن في العقد يترتب عنه البطلان. وهذا طبعا راجع لاختلاف كل نوع عن الآخر من حيث الأحكام.

ومن ناحية أخرى لو فرضنا أن الركن المتخلّف هو "الصداق" أو "الولي" أو "الشاهدان" لأمكن تقبل الأثر عن هذا التخلف، الفسخ، ولكن إذا كان الركن المتخلف هو ركن الرضا فلا يعقل أن يكون الأثر الفسخ(1).

سبق وأن تحدثنا عن "الشاهدين"، وبيّنّا أنهما شرط صحة في الفقه (عند بعض الفقهاء) (2) كما بينا أن بعض القوانين العربية تعتبرهما (الشاهدين) كذلك. على عكس قانون الأسرة الذي اعتبر هذا "الشرط" ركناً ثم رتب عليه الفسخ. وهنا نؤاخذ على المشرع الجزائري شيئين هما:

1- أنه اعتبر الشاهدين ركناً، وكان من الأفضل أن يعتبرهما شرط صحة تبعا لما وضحنا في الجزء الأول من بحثنا تماشيا مع المنطق السليم.

2- أن اعتبار الشاهدين شرط صحة يجعل المشرع يتماشى والقواعد العامة التي تجعل أثر تخلف شرط الصحة الفساد لا البطلان. وعلى هذا الأساس يكون من الصواب أن يترتب على تخلّفه الفساد: مثل ماأقره المشرع في المادة 32 المذكورة أعلاه من قانون الأسرة الجزائري.

أما الصداق الذي يعتبر أثراً من الآثار لدى بعض الكتّاب كما بينا في الجزء الأول من بحثنا، والذي يعتبر عند البعض شرط صحة. ونظن أن هذا الموقف من شأنه أن يوفق بين الأحاديث الشريفة والآيات الكريمة المتعلقة بموضوع الصداق. فالمنطقي ألا يعتبر ركناً لورود آيات تجيز العقد عقد الزواج دون المهر، وأن لا يعتبره مجرد أثر لورود آيات وأحاديث تؤكد على الصداق. وعليه فاعتباره عدم إسقاطه شرط صحة أمر منطقي في

1- راجع المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن أركان عقد الزواج تتمثل في الرضا والصداق والشاهدين والولي.

2- انظر تعريف أبي حامد الغزالي المرجع السابق - ص5- عند التفريق بين الركن والشرط يعطي مثالاً عن الشاهدين، ويعتبر هذا الشرط شرط صحة.

رأينا (1). وعلى هذا الأساس يكون المشرع قد تفادى أمرين :

الأمر الأول : أن لايعتبر الصداق ركنا ويعتبره شرطاً، وبالتالي يكون قد تناول موضوع الأركان والشروط بطريقة مدروسة ومبررة.

الأمر الثاني : الذي يكون المشرع الجزائري قد تفاداه هو عدم الاضطراب بين اعتبار الصداق ركناً تارة وترتيب الفساد على تخلفه تارة أخرى.

وأخيراً اعتبر المشرع الجزائري الولي ركناً من أركان عقد الزواج من ناحية و اعتبر الأثر المترتب على تخلفه الفساد على غرار الأركان الثلاثة. الأخرى وهذا أمر كما سبق وأن بينا لا يتفق مع القواعد العامة. فمشروع القانون العربي الموحد لايعتبر الولى ركناً(2) وعلى هذا الأساس نلاحظ ما يلي:

1-لو اعتبر المشرع الجزائري الولي شرطاً من شروط عقد الزواج لكان الأمر أكثر منطقية على أساس ما تقدم من الدراسة.

2-ولو اعتبره شرطاً لاركناً لتفادى الوقوع في التناقض باعتباره ركناً من ناحية واعتبر العقد الذي أبرم من دونه عقدا فاسدا.

ثانيا:اشتمال العقد على مانع

قبل التعليق على هذه الفقرة من المادة 32من قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه يجدر بنا أن نتحدث عن الموانع، موانع الزواج .

يقسم الفقهاء موانع الزواج إلى نوعين (3):

– موانع مؤبدة ويطلقها على المحرمات المؤبدة: والمتمثلة في المحرمات بسبب القرابة ومحرمات بسبب المصاهرة ومحرمات بسبب الرضاع (4).

– موانع مؤقتة: ويشمل هذا النوع المحرمات موقتا(5).

1- لقد اقترحنا في بحثنا اعتبار شرط عدم إسقاط المهر شرط صحة.

2- أنظر المادة 33 من مشروع القانون العربي الموحد «موافقة الولي بالنسبة لمن لم تكتمل أهليته لزواج وفق أحكام هذا القانون».

3-أنظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق ص118

4- راجع ص17 .

5-راجع ص18 .

إذا كان المانع الذي يتحدث عنه المشرع الجزائري هو مانع الزواج. فالموانع لا تفسد الزواج فحسب بل تبطله، ولكن المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري تجعل الأثر المترتب على الزواج بالمحرمات الفسخ قبل الدخول وبعده. وهنا نتساءل : هل يوجد تناقض بين نصي المادتين (32 و34) أم أن المانع الذي يقصده المشرع الجزائري له معنى آخر غير المانع المعروف في عقد الزواج؟

وفي كلا الحالتين كان على المشرع توضيح ماهو المانع المقصود من ناحية، ومن ناحية أخرى إذا كان المانع المقصود هو موانع الزواج فمن الخطأ أن يترتب عليه الفساد ومن غير المعقول أن تسنّ مادة أخرى تناقض هذا الحكم.

ثانيا : اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضياته

اعتبر المشرع أن الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد يترتب عنه الفسخ وقبل محاولة التعليق على هذه الفقرة يجدر بنا أن نوضح مسألة اقتران العقد بالشروط بإيجاز فيما يلي-1- ثم نحاول تطبيق هذه الأحكام على ماجاء في قانون الأسرة الجزائري -2-

1- دراسة للشروط المقترنة بالعقد

إن إقتران العقد بشروط لايخلو من الحالات الآتية (1):

أ)- شروط تكون جزءاً من مقتضى العقد أو مؤكدة بمقتضاه :

- الشروط التي تكون جزءاً من مقتضى العقد ومثال هذه الشروط اشتراط الزوجة السكن اللائق بها.

- الشروط المؤكدة لمقتضى العقد: ومثال هذه الشروط اشتراط كفيل بالمهر في عقد الزواج

وهذا النوع من الشروط صحيح.

ب)- الشروط التي تؤثر في صحة العقد وتبطله : ومثالها التأقيت (2) في عقد الزواج فهذا الشرط يتنافى وصفة الأبدية التي يتصف بها عقد الزواج والذي الهدف منه

1- انظر الدكتورة كوثر كامل علي :«شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية» دار أبو سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، ط2، 1985، ص 80-81-82

2- يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني أن الزواج المؤقت زواج فاسد لأنه لا يوجد إجماع فقهي على بطلانه وعلى هذا الأساس اي مايتفق الفقهاء على بطلانه فهو باطل ومالا يجمع الفقهاء على بطلانه (مثل إيجاز الشيعة للزواج المؤقت) فهو فاسد وعلى هذا الأساس فالزواج المؤقت عنده فاسد لا باطل.

الاستقرار لا التأقيت. وهذا النوع من الشروط يؤثر في عقد النكاح بالبطلان عند جمهور الفقهاء.

ج)- شروط مخالفة لمقتضى العقد أو ورد فيها نص الشارع:

- الشروط المخالفة لمقتضى العقد: ومثال هذه الشروط اشتراط الزوج أن لا ينفق على زوجته أو لاترثه فهذا يصادم مقتضى العقد.

- الشروط المنهى عليها مثالها أن تشترط الزوجة طلاق ضرتها وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن هذا. فقد قال صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «لا يحل لامرأة تسأل طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، فإنما لها ما قدم الله لها».

وهذا النوع من الشروط لاتؤثر في العقد بالبطلان بالرغم من كونها شروط باطلة وحكمها إلغاؤها (إلغاء الشروط) ويبقى العقد صحيحاً.

د)- شروط ليست من مقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ولا مخالفة له ولم يرد بها نص من الشارع ولم يأمر بها الشارع ولكن فيها غرض صحيح لمن اشترطها، ومثالها أن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يخرجها من بلادها أو لا يتزوج عليها يرى جمهور الفقهاء أن الشرط فاسد والعقد صحيح.

2-ومن خلال عرض هذه الحالات فان الحالة الثالثة هي التي نجدها في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري وهي اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضياته. ونلاحظ من خلال ماقدمناه أن هذا النوع من الشروط لايؤثر في صحة العقد. فالشرط باطل والعقد صحيح. ولم يتماش المشرع الجزائري مع هذا الحكم بحيث جعل أثر هذه الشروط فسخ العقد(1).

رابعا: ثبوت ردة الزوج.

يفسخ العقد فوراً بردة الزوج. وفي هذا الشأن يرى الحنفية والمالكية والزيدية والظاهرية أنه يجب على الزوجة أن تفترق عن الزوج المرتد بمجرد ردته. أما الحنابلة والشافعية فيفرقان بين ما إذا كانت ردة الزوج قبل الدخول أو بعده. فإذا كانت قبل الدخول يفرق بينهما فورا، أما إذا كانت ردة الزوج بعد الدخول فلا يفرق بينهما فورا

1- وهذا هو موقف المجلس الأعلى الذي يقضي ببطلان الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد بحكم صحة هذا العقد. إذا فالحكم ببطلان الشرط وصحة العقد بها يتماشى وماجاء في الفقه يجعلنا نتساءل عن سبب مخالفة المشرع الجزائري للأحكام الصحيحة، الشيء الذي يدفع القاضي لإصدار أحكام تخالف نصوص قانون الأسرة.

ولكن بعد مضي عدة الزوجة هذا لإعطائه فرصة لعله يرجع للإسلام خلال هذه المدة(1).

الفرع الثاني: حالات الفسخ من خلال المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.

تنص المادة 33 على مايلي :«إذا تم الزواج بدون ولي او شاهدين او صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد».

ويبدو أن هذه المادة قد سنَّها المشرع الجزائري لترتب الآثار الناجمة على تخلُّف أحد الأركان المذكورة أعلاه. وهنا فرق المشرع بين الحالة التي وقع فيها دخول والحالة التي لم يقع فيها دخول.

أولا: قبل الدخول.

إذا تم عقد الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين، وكان قبل الدخول فأثر هذا بالنسبة للمشرع الجزائري هو فسخ هذا العقد ولا صداق فيه. ويجدر بنا أن نذكر أنه من غير المنطقي أن يكون أثر تخلف ركن الفسخ كما سبق وأن بينا في الفرع الأول من هذا المطلب.

وإذا تمعنا في هذه المادة نجد أنها تتناول الأثر المترتب على تخلُّف الولي أو الشاهدين أو الصداق ولهذا يجب أن يلاحظ مايلي:

1- الأثر الأول هو الفسخ. وقد سبق وأن علَّقنا عليه بأن حددنا أمرين : فإما أن يعتبر المشرع الولي والشاهدين والصداق شروطاً، وبالتالي يكون منطقيا أن يترتب على تخلف أحدهم الفسخ أو أن يطبق القواعد العامة التي ترتب أثر تخلف الركن البطلان وهذا غير صحيح لأنه لايمكن اعتبار الولي أو الصداق أو الشاهدين أركاناً

2- الأثر الثاني المترتب على تخلف الولي أو الشاهدين أو الصداق (في قانون الأسرة الجزائري) هو عدم استحقاق الزوجة للصداق وهذا أمر منطقي لأن الزواج الفاسد الذي لم يقع فيه دخول في حكم الباطل(2).

1- انظر الدكتور عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص161

2- تنص الفقرة الأولى من المادة 51 من القانون السوري على أن الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل.

3- لم تتناول هذه المادة الآثار الأخرى وحسنا فعل المشرع الجزائري وكان أفضل لو اكتفى المشرع الجزائري بالقول أنه لا يترتب أي أثر على هذا الزواج. وبهذا لن يكون بحاجة لذكر الصداق.

ثانيا : بعد الدخول

إذا دخل الرجل بالمرأة في عقد الزواج الذي تمّ بدون ولي أو شاهدين أو صداق يثبت العقد وتستحق الزوجة صداق المثل وبهذا يمكن ملاحظة مايلي :

1- نفس الملاحظة تطرح نفسها: كيف يمكن أن تكون نتيجة تخلُّف أحد الأركان ثبوت العقد إذا كان لا يعقل أن يعتبر العقد فاسدا لا باطلا نتيجة تخلف ركنه، فهل يعقل أن يثبت هذا العقد حتى بعد الدخول؟

إن موقف المشرع الجزائري يجعلنا نتساءل عما إذا مان مفهوم "الركن" عند المشرع الجزائري في قانون الأسرة له معنى خاص؟

وبما أن المشرع لم يعتبر أن الأثر المترتب على تخلف الولي أو الشاهدين أو الصداق هو البطلان، وهو شيء منطقي كان عليه فقط عدم اعتبارهم (الولي، الشاهدين والصداق) أركاناً.

2- عند الحديث عن الولي والشاهدين والصداق لم يذكر المشرع الجزائري الرضا وهذا أيضا يجعلنا نتساءل هل أن المشرع أعطى مفهوما جديدا للأركان في قانون الأسرة؟

إن إخراج ركن الرضا من أحكام المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري أمر منطقي جداً. فلا يعقل اعتبار الأثر المترتب على تخلف ركن الرضا الفسخ في حالة عدم الدخول وثبوت العقد في حالة الدخول.

الفرع الثالث: حالة الفسخ طبقا للمادة 34 من قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة على مايلي:«كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء»

وقبل التعلق على هذه المادة يجدر بنا أن نشير إلى نص المادة بالفرنسية وهو الأتي :

"Tout mariage contracté avec l'une des femmes prohibées est déclaré nul avant et après sa consommation. Toutefois la filiation qui en découle est confirmée et la femme est astreinte à une retraite légale"

من خلا ل هذا النص نرى:

أن التناقض بين النصين العربي والفرنسي كبير، حيث ينص الأول على الأثر وهو الفسخ وينص الثاني على البطلان. فالنص العربي الذي هو الأصل يجعل من العقد الذي يبرم على إحدى المحرّمات عقدا يفسخ ولايبطل. وهذا يتنافي مع الشريعة الإسلامية الغراء التي تحرم على الرجل الزواج بإحدى المحرّمات اللواتي سبق وأن حددناهن(1).

فالزواج بالمحرمات زواج باطل. وهذا الأمر يتفق مع النص بالفرنسية المذكور سابقا.

الفرع الرابع: الزواج الفاسد مقارنة ببعض القوانين العربية

أولا: الزواج الفاسد في بعض القوانين العربية

يعتبر القانون السوري في مادته 48 الزواج الفاسد هو زواج اختل بعض شرائطه حيث تنص المادة في فقرة أولى على مايلي: «-1- كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختل بعض شرائطه فهو فاسد»

على هذا، فالمشرع السوري لم يذكر حالات الزواج الفاسد ولكنه أعطى قاعدة جامعة مانعة.

فلو اعتبر المشرع الجزائري عدم خلوّ العقد من تسمية الصداق شرطاً وموافقة الولي ومباشرته للعقد شرطاً والشاهدين شرطاً ثم جاء في المادة 32 واعتبر الأثر المترتب على اختلال أحد شروط الصحة هو فساد العقد لكان الأمر أكثر دقة.

---

(1)راجع ص17-18.

أما القانون التونسي فقد تناول في الفصل الواحد والعشرين الزواج الفاسد فهو الزواج الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد او العقد بدون مراعاة الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة واحد من الفصول:5، 15، 16، 17، 18، 19، 20، من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

وعلى أساس هذه المادة يمكن اعتبار الزواج فاسدا في الحالات الآتية:

1- إذا اقترن بشرط يتنافى مع جوهره.

2- إذا لم يتوفر فيه شرط رضا الزوجين.

3- إذا لم يكن كل من الزوجين بالغا خالياً من الموانع الشرعية.

4- إذا تزوج الرجل بإحدى المحرّمات أو جمع بين محرمين، أو تزوج بمطلقته ثلاثا أو تزوج بزوجة الغير أو معتدته أو تزوج بأكثر من زوجة.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني وطبقا لما جاء في المادة 28 منه يكون العقد فاسدا في الحالات الآتية:

1- إذا كان الطرفان غير حائزين على شروط الأهلية حين العقد.

2- النكاح الذي يعقد دون شهود.

3- النكاح الذي يعقد بالإكراه.

4- إذا كان شهود العقد غير حائزين على الأوصاف المطلوبة شرعًا.

5- نكاح إحدى المرأتين الممنوع الجمع بينهما بمقتضى المادة 13 مع وجود الأولى في عصمته أو عدته أو الجمع بين محرمين.

6- نكاح المتعة، والنكاح المؤقت.

ومايمكن ملاحظته أن القانون الأردني اعتبر حالة توفر شرط الحرمة المؤقتة مفسدة للعقد فإذا زالت تلك الحرمة أصبح العقد صحيحا على عكس الباطل(1).

1-انظر موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية ج3، الدار العربية للموسوعات، ص8.

ثانيا: الآثار المترتبة على فساد الزواج في قانون الأسرة الجزائري مقارنة ببعض القوانين العربية.

الأثرهو الفسخ وصداق المثل(1) (م33).كما يثبت النسب طبقا للمادة 40 من نفس القانون(2). وكان من الأحسن لو جاء هذا الأثر من نفس المادة (33) زائدا ثبوت النسب واستبراء الرحم. وكان على المشرع الجزائري التفصيل أكثر في الآثار المترتبة على العقد الفاسد.

فقانون الأحوال الشخصية السوري ينص في المادة 51 منه على الآثر المترتبة على الزواج الفاسد على النحو التالي :

1- الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل

2- ويترتب على الوطء فيه النتائج التالية :

أ- المهر في الحدّ الأقل من مهر المثل والمسمّى

ب- نسب الأولاد بنتائجه المبنية في المادة 133 من هذا القانون

جـ- حرمة المصاهرة

د- عدة الفراق في حالتي المفارقة أو موت الزوج أو نفقة العدة دون التوارث بين الزوجين.

3- تستحق الزوجة النفقة الزوجية مادامت جاهلة فساد النكاح.

ومما يجدر ملاحظته هو أن قانون الأسرة اعتبر الزواج الفاسد قبل الدخول لا أثر له. وحسنا فعل حيث ينص في المادة 33 على أنه يفسخ ولا صداق فيه وكان من الأحسن ومن الدقة القول الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل تطبيقا للقواعد العامة في عقد الزواج، وتبعا لما جاء في الفصل السابق من بحثنا هذا وقد اغفل المشرع الجزائري الحديث عن حرمة المصاهرة وعن العدة وعن نفقة العدة وعن عدم استحقاق الميراث.

1-ذكرنا في الفصل الأول من الباب الثاني أن الصداق المترتب على العقد الفاسد بعد الدخول هو الأقل من صداق المثل.

2- تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي : «يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالاقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون».

وينص المشرع المغربي في الفصل السابع والثلاثين على أن:

1- النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده وفيه المسمى بعد الدخول، والفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

2- كل زواج مجمع على فساده كالحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه الإستبراء، ويثبت النسب إذا كان حسن القصد أما إذا كان مختلفا في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ.

المطلب الثاني: الزواج الباطل

على عكس النكاح الفاسد، لم يُعطَ الزواج الباطل حيزاً كبيراً في قانون الأسرة الجزائري. فهناك حالات الزواج الباطل التي جاءت في قانون الأسرة (الفرع الأول) وحالات ذكرها المشرع في غير محلها (الفرع الثاني) ثم نصل الى "آثار" الزواج الباطل (الفرع الثالث)

الفرع الأول: حالة الزواج الباطل في قانون الأسرة الجزائري المادة 33

لقد تناول المشرع الجزائري حالة واحدة من حالات البطلان في عقد الزواج وقد نص عليها في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري وعليه سنحاول دراسة هذه الحالة من خلال عرض لما جاء في هذه المادة (أولا)، ثم تحليل وتقييم (ثانيا).

أولا: عرض لما جاء في المادة 33 الفقرة الأخيرة ق.أ.ج حول البطلان

تنص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: «إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد».

في هذه المادة وهي الحالة الوحيدة للزواج الباطل في قانورن الأسرة الجزائري على عكس الواقع كما بيّنا في حالات الزواج الباطل والتي تم حصرها فهذه الحالة ليست وحيدة..

بل وحتى هذه الحالة التي تتمثل في إختلال أكثر من ركن والمتمثلة في اختلال الشاهدين والصداق أو الشاهدين والولي أو الولي والصداق، ليست حالة بطلان كما بيّنّا.

فهذه القاعدة، قاعدة اختلال ركنين تبطل العقد واختلال ركن يفسد العقد، قاعدة غير موجودة في الفقه الإسلامي من ناحية ومن ناحية أخرى هل تخلف أحد الأركان المذكورة يترتّب عليه البطلان؟ هذا ماسنحاول التوصل إليه.

ثانيا : تحليل وتقييم.

تنص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي : «إذا تمّ الزواج بدون ولي أو شاهدين او صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد».

فحالة البطلان من خلال الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه تتمثل في اختلال أكثر من ركن واحد (صداق أو ولي أو شاهدين) وهنا نلاحظ مايلي:

1- سبق وأن ذكرنا أن تخلف ركن يترتَّب عنه البطلان (1) وهذا قد خالفه المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

2- حسب المشرع الجزائري وطبقا للمادة 33 من قانون الأسرة إذا تخلف الصداق والشاهدان فالعقد باطل وهذا أمر غير منطقي. لقد سبق وأن بينا (2) أن أركان الزواج وباقي العناصر شروط وليست أركان، فمن المنطقي اعتبارها شروط وترتيب الفسخ على تخلفها من ناحية، ومن ناحية أخرى، الأثر على تخلف الشرط شرط الصحة الفساد. فإذا تخلف شرطان فالأثر الفساد لا البطلان وبالتالي إذا اعتبر المشرع الشاهدين والصداق والولي أركاناً فمن المفروض أن تخلف أحدهما يترتب عنه البطلان. ولهذا نؤاخذ على المشرع الجزائري اعتبار ماذكرناه شروطا لا أركانا. فلا توجد قاعدة تنص على أنه حتى يختل أكثر من ركن كي يترتب البطلان.

وعلى أساس ماتقدم، كان على المشرع الجزائري اعتبار الشاهدين وموافقة الولي ومباشرته للعقد (بالإضافة الى موافقة المرأة) وعدم إسقاط المهر شروط صحة لا أركاناً من ناحية، وعدم الوقوع فيما وقع فيه من اعتبار الأثر المترتب على تخلف ركن الفساد، وتخلف أكثر من ركن (غير الرضا) البطلان لأن هذا لا ينطبق مع القواعد العامة.

وأخيرا نشير إلى أن اعتبار تخلف ركنين غير الرضا يبطل العقد له آثار خطيرة خاصة عند التطبيق. فنجد القاضي الجزائري بتطبيقه لهذه المادة يجعل عقد الزواج في خطر نظرا لخطورة البطلان والآثار المترتبة على هذا النوع من الزواج. ففي أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى يقرِّر القاضي: أن اختلال ركنين غير الرضا يبطل الزواج. وكذلك تطبيقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري (3).

ونشير إلى أن القاضي الجزائري في نفس القرار يضيف ركنا من أركان الزواج وهو خلو الزوجين من الموانع الشرعية. وهذا دليل على النقص الموجود في قانون الأسرة، والذي يجب تفاديه بوضع نصوص شاملة عن البطلان. وبهذا يؤاخَذ على المشرع الجزائري اعتبار

1-راجع ص75

2- راجع ص 5

3 - قرار رقم 51.107 بتاريخ 2 جانفي 1989، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الثالث. ص 53، راجع ملحق رقم 9.

كما يقضي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بأن عدم توفر الأركان أو بعضهما يترتب عنه إنعدام الزواج. قرار رقم 34.137 بتاريخ 8 جانفي 1984 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الرابع ص 79. راجع الملحق رقم 10.

ماذكرته شروطاً لا أركاناً .

الفرع الثاني: حالات البطلان التي ذكرها المشرع الجزائري في غير مكانها.

لقد تناول المشرع الجزائري حالتين للبطلان وهما الزواج بإحدى المحرّمات وجاءت عند الحديث عن الزواج الفاسد (أولا) ثم حالة زواج المسلمة بغير المسلم (ثانيا).

أولا: الزواج بإحدى المحرمات.

سبق وأن تحدثنا عن هذه الحالة في الزواج الفاسد في قانون الأسرة الجزائري ولكن الله سبحانه وتعالى حرم هذا الزواج واعتبره زواجا باطلا(1). فهذا الزواج عند الفقهاء وبعض القوانين العربية(2) زواج باطل.

لكن المشرع الجزائري كما سبق وأن بينا إعتبر الأثر المترتب على الزواج بإحدى المحرمات الفسخ حيث تنص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي : «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء».

بالإضافة الى النص الفرنسي الذي يرتب البطلان على هذا النوع من الزواج فجعله المشرع الجزائري يفسخ قبل الدخول وبعده على عكس حالة الزواج الفاسد الذي سبق ذكره. وفيه يثبت العقد بعد الدخول.

هذا ونلاحظ أن المواد المتعلقة بالمحرمات تحتوي على فعل "يحرم" وكيف يحرم هذا الزواج ثم يكون أثره الفسخ لا البطلان.

ثانيا : زواج المسلمة بغير المسلم.

تنص المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري التي جاءت في الفصل الثاني من الباب الأول من نفس قانون الأسرة على مايلي: «لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم».

زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا. وينص القانون السوري عن هذا في مادته 48 فقرة 2 على مايلي «زواج المسلمة بغير المسلم باطل».

1- إرجع إلى ص 17.

2- انظر الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

يعتبر الفقهاء الزواج الباطل كالعدم فهو وطء حرام لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح حتي ولو حصل فيه دخول. ولكن بعض الكتاب المعاصرين يرتِّبون بعض الآثار على الزواج الباطل. وسنحاول عرض الآثار الواردة في قانون الأسرة الجزائري (أولا) ثم نقيِّمها (ثانيا).

أولا: الاثار في قانون الأسرة الجزائري

على عكس الزواج الفاسد الذي تناول المشرع الجزائري بعض آثاره،لم يتناول قانون الأسرة الجزائري آثار الزواج الباطل. وحتي في حالة عدم الإعتراف بهذا الزواج و بأي أثر من آثاره، كان من المفروض ذكر ذلك كالنص على مايلي :«لا يترتب على الزواج الباطل أي أثر من آثار الزواج الصحيح».

ولكن النص على عدم ترتيب أيِّ أثر على الزواج الباطل في قانون الأسرة أمر في غاية الخطورة نظرا لنوع الزواج الباطل في قانون الأسرة. فمجرد اختلال ركنين غير الرضا يترتب عليه البطلان كالشهود والولي. وهذا الأمر غير معقول.

وكان من الأفضل الاعتماد على القواعد العامة في الزواج الباطل وبالتالي تناول آثار الزواج الباطل.

ثانيا: تقييم .

بالرغم من عدم ترتيب أيِّ أثر على الزواج الباطل إلاَّ أن كتاباً معاصرين(1) كما سبق ذكره يعتبرون أن الزواج الباطل له آثار تتمثل في العدة والمهر والنسب.

ونطرح سؤالاً بناءا على ماتقدم عن مصير الأولاد في الزواج الباطل. فحفاظا عن الولد نقترح حلاً وسطاً يتمثل فيمايلي: يجب أن نفرق بين البطلان لاختلال ركن من الأركان غير ركن المحلية والبطلان لاختلال ركن من المحلية. ففي الحالة الأولى ينسب الولد لأبويه حفاظا على الولد. أمَّا في الحالة الثانية فلا ينسب الولد لأبويه إلا في حالة عدم العلم بالتحريم. فإذا ثبت عدم علم المرأة والرجل بالتحريم، فالأثر المترتب على هذا "العقد" هو ثبوت النسب.

1 - يرى الأستاذ الغوتي بن ملحة أنه من غير المنطقي عدم انتساب الولد لأبويه، ففي ذلك ضرر على الولد، فحفاظاً عليه ينتسب هذا الأخير لأبويه في نظر الأستاذ.

المبحث الثاني: تقييم لما جاء في القانون حول أحكام الزواج وإعطاء البديل.

اكتفى المشرع الجزائري بالحديث على الزواج الباطل والزواج الفاسد وأغفل النوعين الآخرين: الزواج الموقوف والزواج غير اللازم وهذا ماسنوضحه في المطلب الأول. كما اضطرب في تناول النوعين الأولين وكان عليه تناولهما بطريقة مدروسة أكثر (المطلب الثاني)

المطلب الأول : نوعا الزواج اللذان أهملهما المشرع الجزائري

لقد أهمل المشرع الجزائري الحديث عن الزواج الموقوف وغير اللازم ونفس النقص لاحظناه في أغلب القوانين العربية. ولهذا يجدر بنا أن نتناول الزواج الموقوف بأحكامه محاولين سدّ الفراغ الموجود في قانوننا (الفرع الأول) ثم نصل الزواج غير اللازم وسنقدمه على نفس المنوال المذكور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الزواج الموقوف.

لقد أهمل المشرع الجزائري الحديث عن شروط النفاذ في عقد الزواج فبالتالي أهمل الحديث عن الاثر المترتب على تخلف شرط من هذه الشروط.

وعلى أساس ماتقدم يمكن إقتراح مواد حول هذا الموضوع(1).

المادة 22: الزواج الموقوف متوقف على إجازة من له الحق في إجازه فهو الزواج الذي فقد شرطا من شروط نفاذه.

المادة 23 : يكون الزواج موقوفا في الحالات التالية:

1-إذا عقد الصبيُّ المميز عقد زواجه فعقده موقوف على إجازة وليه.

2- العقد الذي يبرمه الولي الأبعد مع وجود ولي أقرب موقوف على إجازة الولي الأقرب.

3- عقد الزواج الذي يبرمه الفضولي موقوف على إجازة من أبرم العقد لصالحه.

4- إذا خالف الوكيل فيما وكل به، فالعقد موقوف على إجازة الموكل.

(1) وترقيم هذه المواد هو تكملة للإقتراحات السالفة في الباب الأول راجع ص 72 وما قبلها.

المادة 24: «إذا أجاز من له الحق في إجازة العقد نفد العـقد. وإذا لم يجزه يبطل. وإذا حصل دخول قبل الإجازة يأخذ الزواج الموقوف حكم الفاسد وتترتب عليه آثار الزواج الفاسد».

وعند الحديث عن شروط النفاذ لابدّض من الإشارة الى عقد هام يتمثل في عقد الصبي المميز. لقد سبق وأن تحدثنا عن أهلية الزواج واقترحنا في أحد النصوص أن تكون الأهلية بالتمييز والعقل وذلك إقتناعا بما اطلعنا عليه حول موضوع الأهلية في الزواج. فلا يمكن إعتبار سن البلوغ ركنا وبالتالي يترتب عليه بطلان العقد وماينجم عنه من آثار خطيرة قد تصل الى عدم الاعتراف بالولد في هذا العقد. وعليه فإن تقييد زواج المميز بشرط من شروط النفاذ المتمثل في إجازة الولي لهذا العقد هو أمر أكثر منطقية على اعتبار البلوغ ركناً في الزواج.

الفرع الثاني: اقتراح مواد في الزواج غير اللازم

بناء على ماتقدمت دراسته حول الزواج غير اللازم يمكن أن نقترح مواد حول هذا الموضوع.

المادة 25 : الزواج غير اللأزم هو الزواج الذي تخلفت بعض شروط لزومه.

المادة 26: يكون الزواج غير لازم ويحق لصاحب الشأن طلب فسخه في الحالات الآتية:

1- إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب او الجد أو الإبن يحق للقاصر بعد زوال المانع طلب الفسخ.

2-إذا غرر الزوج الزوجة فيما يتعلق بالكفاءة يحق للزوجة أو لوليها طلب الفسخ.

3- إذا كان بالزوج عيبا من العيوب المبيحة للفسخ، يحق للزوجة طلب الفسخ.

المادة 27 : يترتب على الفسخ قبل الحمل مايلي :

1- وجوب الأقل من مهر المثل والمسمى

2- ثبوت النسب.

3-حرمة المصاهرة.

4- وجوب عدة العدة.

المادة 28 : إذا حملت المرأة سقط الحق في طلب الفسخ.

نظرا لعدم وجود نص حول شروط اللزوم نجد القاضي الجزائري يلجأ الى التطليق عوض الفسخ في حالة عجز الزوج عن مباشرة زوجته، في حين أن الشريعة الإسلامية تسمح للمرأة بطلب الفسخ لأن الحالة المذكورة أعلاه تدخل تحت طائلة العيوب المبيحة للفسخ(1).

1- قرار رقم 34784 بتاريخ 19-11-1984، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 3 ص 73، راجع ملحق رقم 11.

المطلب الثاني : اقتراح مواد في الزواج الباطل والزواج الفاسد

بالرغم من أن المشرع الجزائري قد سنّ مواد في هذا الموضوع إلاّ أننا نقترح مواد أكثر دقة وتفصيلاً سواء في الزواج الباطل (الفرع الأول) أو الزواج الفاسد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اقتراح مواد في الزواج الباطل

لكي تكون دراسة موضع الزواج أكثر شمولية نقترح المواد التالية:

أولا: مواد في التعريف والحالات

المادة 29 : الزواج الباطل هو زواج اختل أحد أو بعض أركانه.

المادة 30 : يعتبر الزواج باطلا في الحالات الآتية :

1- عدم توفر ركن الرضا بشقيه الإيجاب والقبول وشروطهما

2- عدم توفر شروط العاقدين كأهلية العاقدين والأنوثة المحققة في المرأة والرجولة المحققة في الرجل.

3- الزواج بإحدى المحرّمات مؤبّدا بسبب القرابة أو المصاهرة أوالرضاع والزواج بإحدى المحرمات مؤقتا.

4- الزواج المؤقت وزواج المتعة.

ثانيا: المادة التي تنظم آثارالزواج الباطل

المادة 31: لا يترتب على الزواج قبل الدخول أيُّ أثر ويترتب على الدخول في الزواج الباطل نسب الولد إذا كان البطلان راجع لاختلال أحد الأركان غير ركن المحلية، أو إذا اختل ركن المحلية في حالة عدم علم الزوجين بالتحريم.

الفرع الثاني: إقتراح نصوص تنظم الزواج الفاسد

على غرار ما تقدّم حول الزواج الباطل سنقترح نصوصاً تنظم الزواج الفاسد.

المادة 32: الزواج الفاسد هو الزواج الذي إختلت بعض شرائط صحته.

المادة 33 : يكون الزواج فاسدا :

1- إذا أبرم دون حضور الشهود

2- إذا أبرم دون موافقة الولي، بعد موافقة المرأة ومباشرته للعقد

3- إذا أسقط المهر

4- إذا تزوج الرجل بأخت المطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن

5- الزواج بالمعتدة من طلاق بائن

6- الزواج بإمرأة الغير مع عدم العلم بأنها متزوجة»

المادة 34 : «الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل وإذا حصل دخول في الزواج الفاسد يترتب عليه مايلي:

1- ثبوت الأقل من مهر المثل والمسمى.

2- ثبوت النسب

3- حرمة المصاهرة

4- العدة

5- نفقة العدة في حالة عدم علم المرأة بفساد الزواج».

وبهذه المادة نكون قد وصلنا الى آخر إقتراح الذي سبقته مواد أخرى في الأركان والشروط ونودُّ أن يأخذ المشرع الجزائري بهذه الإقتراحات حول الأركان والشروط من جهة، والأحكام من جهة أخرى. وسيكون تناول الموضوع أكثر دقة لو تكون الأحكام في فصل منفرد تحت عنوان «أنواع الزواج».

الخـــــاتمة:

من خلال دراستنا لأركان الزواج وشروطه والآثار المترتبة على تخلف ركن من هذه الأركان أو شرط من هذه الشروط في قانون الأسرة الجزائري بناء على تحليل المواد المتعلقة بهذا الموضوع واعتمادا على دراسة الفقه ومقارنة ببعض القوانين العربية استطعنا تحديد ماهي الأركان وماهي الشروط وماهي الآثار المترتبة على تخلف أحد الأركان، ماهي الآثار المترتبة على تخلف أحد الشروط.

فالأركان هي الرضا، والعاقدان والمحلية (الا تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة او حرمة مؤقتة).

أما الشروط فقسمناها الى شروط تكوين العقد وشروط بعد تكوين العقد، اما شروط تكوين العقد فتتمثل في شروط الصحة، واما الشروط بعد تكوين العقد فتتمثل في شروط النفاذ وشروط اللزوم.

فشروط الصحة هي: الإشهاد عدم جود مانع من موانع الزواج المتمثل في التحريم الذي فيه خلاف بين الفقهاء أو العقد بشبهة، موافقة الولي (بالاضافة الى موافقة المرأة) ومباشرته للعقد - وذلك تماشيا وتقاليدنا الإسلامية، والحياء الذي تتصف به المرأة المسلمة والتي تحول دون مباشرتها للعقد - عدم إسقاط المهر.

وشروط النفاذ هي كالتالي:

1- إذا زوج الصبي المميز نفسه فعقده متوقف على إجازة وليه.

2- إذا زوج الولي الأبعد مع وجود ولي أقرب فعقده متوقف على إجازة الولي الأقرب.

3- إذا خالف الوكيل فيما وكل به فعقده متوقف على إجازة الموكل.

4- إذا عقد الفضولي عقد زواج فعقده متوقف على إجازة من عقد لصالحه.

وشروط اللزوم هي :

1-إذا كان المزوج لفاقد الأهلية او ناقصها غير الأب او الجد او الإبن فالعقد غير لازم بالنسبة لمن عقد لصالحه.

2- إذا وقع تغرير من الزوجة فيما يخص الكفاءة.

3- إذا كان بالزوج عيب من العيوب المبيحة للفسخ

وعلى أساس تحديد هذه الأركان وهذه الشروط، فالآثار المترتبة على تخلف الأركان هي غير الآثار المترتبة على الشروط.

- فالآثار المترتبة على تخلف اي ركن من الاركان يترتب عليه بطلان العقد.

- والأثر المترتب على شرط من شروط الصحة هو فساد العقد

- والأثر المترتب على تخلف أحد الشروط بعد تكوين العقد يكون إما بتخلف شرط من شروط النفاذ وبالتالي فالعقد غير لازم وأما تخلف شرط من شروط اللزوم ويكون العقد غير لازم، وفي حالة عدم الإجازة في العقد غير النافذ يبطل العقد. وقد يطلب فسخ العقد في حالة تخلف شرط من شروط اللزوم، فإذا عقد الفضولي لشخص ما عقد زواج دون وكالة مسبقة ودون ولاية على هذا الشخص فلهذا الشخص أن يجيز هذا العقد فلا يطرح اي اشكال كما له أن يرد الإجازة ويطلب إبطال العقد فيبطل هذا العقد. أما إذا اكتشفت المرأة مثلا أن زوجها مريض مرضا لا تستمر معه الحياة الزوجية بضرر فلها أن تطلب فسخ هذا العقد غير اللازم بالنسبة لها.

ولكل نوع من انواع الزواج المذكورة آثار تترتب عليه.

إن هذا التمييز الذي توصلنا إليه من خلال دراسة الفقه الإسلامي لم نلمسه لدى المشرع الجزائري الذي اعتبر ان أركان الزواج هي الرضا والشاهدين والولي والصداق في حين أن الإشهاد شرط صحة كما ذكرنا سالفا وكذا الأمر بالنسبة لموافقة الولي ومباشرته للعقد وعدم اسقاط المهر. وقد اهمل المشرع الجزائري ركن العاقدين بشروطه (الأهلية واختلاف الجنسين : الأنوثة المحققة بالنسبة للمرأة والرجولة المحققة بالنسبة للرجل) كما اهمل المشرع الجزائري ركن في غاية الأهمية خاصة وهو متعلق بالتحريم بنصوص قرآنية صريحة وهو ركن المحلية. والمحلية تنقسم الى محلية أصلية تتمثل في المحرمات مؤبدا ومحلية فرعية تتمثل في المحرمات مؤقتا. هذا ونلاحظ أن عددا كبيرا من الفقهاء يعتبرون المحلية الفرعية شرط صحة لا شرط انعقاد لكن التحريم بالنسبة للزواج بهذا النوع من النساء كالجمع بين الأختين او من في حكمها وعليه فهذا ركن وليس شرط صحة.

أما عن شروط الصحة فلم يتناولها المشرع الجزائري. أما شروط اللزوم والتي لا تقل أهمية عن الأركان والشروط بالرغم من كونها تشرط بعد تكوين العقد فاهمالها نلمسه ليس عند المشرع الجزائري فحسب بل في أغلب القوانين العربية. الشيء الذي دفعنا لاقتراح مواد تنظم هذه الشروط والآثار المترتبة على تخلفها إعتمادا على ماجاء في الكتب الفقهية.

ونتيجة لحصر المشرع الجزائري لمقومات عقد الزواج في "الأركان" المذكورة سالفا لم يوفق المشرع في تناول أحكام الزواج. فالزواج الباطل يكون نتيجة تخلف أحد أركانه كتخلف ركن الرضا او ركن العاقدين او الزواج بإحدى المحرمات سواءا كانت الحرمة مؤقتة او مؤبدة. إن المشرع الجزائري اعتبر نتيجة الزواج بإحدى المحرمات فسخ العقد وهذا .أمر خطير جدا. فهذا الزواج زواج باطل لا يترتب عنه أي أثر ولقد اقترحنا خروجا عن القاعدة أن يترتب عن الزواج الباطل- الباطل لاختلال ركن غير ركن المحلية(1)- نسب الإبن لأبويه حفاظا على الولد. أما العقد الباطل لإختلال ركن المحلية فلا يترتب عليه اي أثر الا نسب الولد في حالة عدم العلم بالحرمة.أما الزواج الفاسد فهو نتيجة تخلف شرط من شروط الصحة كاختلال شرط الاشهاد أو إسقاط المهر او عدم موافقة الولي مباشرته للعقد او الزواج بأخت المطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن وغيرها من الشروط التي تم تناولها. أما العقد الموقوف فهو متعلق بإجازة من له الحق في الإجازة، إذا أجاز نفذ وإذا رد الاجازة بطل. والعقد غير اللازم متوقف على من له الحق في طلب الفسخ وسقط هذا الحق حمل المرأة حفاظا على الولد.

فالقول بأن أثر تخلف ركن هوالفساد وأثر تخلف ركنين هو البطلان لا يتماشى والقواعد الفقهية السليمة، وإذا كان المشرع الجزائري يعتبر ركن الرضا متخلف عن "الأركان" الأخرى في قانون الأسرة الجزائري حسب ماجاء في أحكام الزواج بحيث يرى بأنه لا يمكن له أن يجعل البطلان أثر الزواج بدون شهود فيما كان عليه إلاّ اعتبار الأشهاد شرط صحة لا ركناً، كما جاء في اقتراحاتنا ، خاصة وأن القاضي الجزائري يجد نفسه امام هذا الخلط والفراغ أو التناقض وهو مالمسناه من خلال القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى.

1- وحتى عند اختلال ركن المحلية إذا كان الرجل والمرأة لايعلمان بالحرمة فينسب الولد لأبويه.

ولتفادي الأخطاء التي وقع فيها المشرع الجزائري ولتكوين نصوص أكثر شمولا وتنسيقا، حاولنا في هذه الدراسة وضع بعض الاقتراحات في شكل مواد قانونية تسرد فيمايلي:

أولا : فيما يتعلق بالأركان والشروط.

1- مواد في الأركان

المادة : «ينعقد الزواج بتوفر ركن الرضا ويشترط لانعقاده توفر شروط العاقدين كالأهلية والأنوثة المحققة في المرأة والرجولة المحققة في الرجل وألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا او مؤقتا.»

المادة : «يكون الرضا بالأيجاب من أحد الطرفين وقبول من طرف الآخر صادرين عن رضا تام.»

المادة : «يصح التعبير عن الارادة من العاجز عن الكلام بالكتابة إذا كان يحسنها وإلا فبالإشارة المفهومة.»

المادة : «يشترط في الايجاب والقبول :

1- أن يكونا متفقين من كل وجه صراحة او ضمنا

2- أن يصدرا في مجلس واحد

3- أن يسمع كل من الموجب والقابل كلام الآخر ويفهمه.

4- ألا يرجع الموجب عن ايجابه قبل قبول الطرف الآخر.

5- أن يكون منجزين».

المادة : «تكون الأهلية في الزواج بالعقل والتمييز».

المادة : «يجوز التوكيل في عقد الزواج وإن لم تعين المرأة يجب أن تكون من النوع المرغوب فيه من النساء.»

المادة : «يجوز الزواج بالمراسلة.

يشترط قراءة الرسالة أمام الشهود وإصدار القبول في نفس المجلس وأمام الشهود.»

المادة : «المحرمات مؤبدا والمحرمات مؤقتا»

وتضاف لمواد قان،ن الأسرة الجزائري حالة زواج المسلم بإمرأة لا تدين بدين سماوي.

المادة : «لايجوز زواج المسلم بامرأة لاتدين بدين سماوي».

2- مواد في شروط الزواج

المادة : «يشترط لصحة عقد الزواج

1- حضور الشاهدين

2- موافقة الولي بعد موافقة المرأة ومباشرته للعقد.

3- عدم إسقاط المهر

4- ألا تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة فيها شبهة أو خلاف بين الفقهاء.»

المادة : «يشترط في الشهود أن يكونوا رجلين أو رجلاً وامرأتين، بالغين، عاقلين، مسلمين، من أهل الثقة، حاضرين في مجلس العقد، سامعين الايجاب والقبول وفاهمين أن المقصود منها الزواج، ويجوز أن يكونا من أهل الزوجين أولاً».

المادة : «الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما.

القاضي ولي من لا ولي له».

المادة : «يشترط في الولي أن يكون بالغا، عاقلا، ذكرا،مسلما».

المادة : «إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى العقد بشرائطه جاز».

المادة : «إذا غاب الولي الأقرب وخيف أن تفوت فرصة على الفتاة انتقلت الولاية لمن يليه».

المادة : «لا يجوز للقاضي أن يزوج من في ولايته من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه إلا بموافقتها».

المادة : «لا حد لاقل المهر او أكثره بشرط ان لا يكون تافها »

المادة : « تستحق المرأة الصداق بمجرد العقد الصحيح، إما بالدخول الحقيقي او بوفاة أحد الزوجين او بالخلوة الصحيحة. »

المادة :« تستحق المرأة نصف المهر المسمى في العقد بعد الطلاق. »

المادة :« يشترط لنفاذ عقد الزواج أن يكون العاقد كامل الأهلية بالعقل والبلوغ، ذا صفة تخوله إبرام العقد.

فشروط النفاذ هي:

1- ألاّ يزوج الوليُّ الأبعدُ مع وجود الوليِّ الأقرب.

2- ألاّ يزوج الصبيُّ المميز نفسَه.

3- ألاّ يكون المزوِّج فضوليًا.

4- ألاّ يخالف الوكيل فيما وُكِلَ به من طرف الموكِّل.

المادة : «يشترط للزوم عقد الزواج عدم طلب الفسخ ممن له الحق في ذلك - بعد زوال المانع - وشروط اللزوم هي الآتية:

1- ألاّ يكون المزوِّج لفاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب أو الجد أو الإبن.

2- عدم وجود تغرير من الزوج فيما يتعلق بالكفاءة.

3- خلوُّ الرجل من العيوب المبيحة للفسخ.

ثانيا : فيما يتعلق بالأثار المترتبة على تخلف الأركان أو الشروط.

المادة : «الزواج الباطل هو زواج إختل أحد أو بعض أركانه. »

المادة : «يعتبر الزواج باطلا في الحالات التالية:

1-عدم توفر ركن الرضا بشقيه الإيجاب والقبول وشروطهما.

2-عدم توفر شروط العاقدين كالأهلية والأنوثة المحققة في المرأة والرجولة المحققة في الرجل».

3-الزواج بإحدى المحرمات مؤبدا بسبب القرابة أو المصاهرة أو النسب او الرضاع والزواج بإحدى المحرمات مؤقتا.

4- زواج المتعة والزواج المؤقت.

المادة :«لا يترتب على الزواج الباطل قبل الدخول أي أثر يترتب على الدخول في الزواج الباطل، نسب الولد إذا كان البطلان راجعا لاختلال أحد الأركان غير ركن المحلية،أو إذا إختل ركن المحلية في حالة عدم علم الزوجين بالتحريم.»

المادة :«الزواج الفاسد هو الزواج الذي إختلت بعض شرائط صحته.»

المادة :«يكون الزواج فاسدا

1-إذا أبرم دون حضور الشهود

2-إذا أبرم دون موافقة الولي بعد موافقة المرأة ومباشرته للعقد

3-إذا أسقط المهر

4-إذا تزوج الرجل بأخت الطلقة التي لا تزال في العدة من طلاق بائن

5-الزواج بالمعتدة من طلاق بائن

6-الزواج بإمرأة الغير مع عدم العلم بأنها متزوجة

المادة: «الزواج الفاسد قبل الدخول في حكم الباطل، إذا حصل دخول في الزواج الفاسد يترتب علي مايلي:

1-ثبوت الأقل من مهر الثل و المسمى

2-ثبوت النسب

3-حرمة المصاهرة

4-العدة

5-نفقة العدة في حالة عدم المرأة بفساد العقد.»

المادة :«الزواج الموقوف متوقف على إجازه من له الحق في الإجازة فهو الزواج الذي فقد شرطا من شروط نفاذه.

المادة :يكون الزواج موقوفا

1-إذا عقد الصبي المميز زواجه، فعقده موقوف على إجازة وليه

2-العقد الذى يبرمه الولي إلا بعد مع وجود ولي أقرب موقوف على إجازة الولي الأقرب

3-عقد الزواج الذي يبرمه الفضولي موقوف على إجازة من عقد لصالحه.

4-إذا خالف الوكيل فيما وكل به فعقد متوقف على إجازة الموكل.

المادة :«إذا أجاز من له الحق في الإجازة نفذ العقد وإذا لم يجز يبطل وإذا حصل دخول قبل رد الإجازة يأخذ الزواج الموقوف حكم الزواج الفاسد ويترتب عليه آثار الزواج الفاسد».

المادة : «الزواج غير اللازم هو الزواج الذي تخلفت بعض شرائط لزومه»

المادة : «يكون الزواج غير لازم ويحق لصاحب الشأن طلب فسخه في الحالات الآتية:

1- إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب أو الجد أو الإبن يحق للقاصر بعد زوال المانع طلب الفسخ.

2- إذا غرر الزوج الزوجة فيما يتعلق بالكفاءة يحق للزوجة او لوليها طلب الفسخ.

3- إذا كان بالزوج عيب من العيوب المبيحة للفسخ يحق للزوجة طلب الفسخ.»

المادة : «يترتب على الفسخ قبل الحمل مايلي :

1- وجوب الأقل من مهر المثل والمسمى.

2- ثبوت النسب.

3- حرمة المصاهرة.

4- وجوب العدة».

المادة : «إذا حملت المرأة سقط الحق في طلب الفسخ.»

وكم نود أن يأخذ المشرع الجزائري بعين الإعتبار هذه المواد المقترحة في هذا العمل المتواضع حتى يتفادى النقص والتناقض الواردين في قانون الأسرة ولتكن الأحكام أكثر شمولية وتنسيقا تساعد القاضي على تطبيقها بيسر وبوضوح دون أن يقع في التباسات كثيرا ماتحيط بالقاضي وبالقضاء الجزائري.

ملحق رقم 1.

ملف رقم 43889 قرار بتاريخ ، 1986/12/15
قضية ، (أ.ج) ضد ، (خ.ف)
زواج – إثباته – بشهادة إمرأتين – نقض
(أحكام الشريعة الإسلامية)

من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا إدعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد او السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه جاء خاليا من أية حجة او بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال إمرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه : بناءا على المواد 257.244.239.233.231 ومابعدها من ق.أ.م بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن المودوعة يوم 13 فيفري 1985م وعلى مذكرة الجواب التي قدمتها المطعون ضدها.

بع الإستماع إلى السيد /حمزاوي أحمد الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد تقية محمد النائب العام المساعد في طلباته المكتوبة.

حيث أقام السيد (أ.ج) بواسطة محاميه الأستاذ عمار بن ضيف الله طعنا يرمي الى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء وهران بتاريخ 1984/09/16 الملغى للحكم الصادر من محكمة نفس المدينة يوم 84/02/27 القاضي بفصل نسب الطاعن عن البنت (ن.خ) وعدم وجود اي زواج ديني او قانوني بين الاول والثانية.

ومن جديد صرح القرار بوجود الزواج المذكور المنعقد امام جماعة من المسلمين بمدينة وهران وذلك في شهر ماي سنة 1975 وتسجيله بالحالة المدنية ببلدية وهران والحق نسب المذكورة المولودة في 1978/03/23 وتسجيلها بدورها بالحالة المدنية باسم (أ.ج) كما صرح بالطلاق بين الطرفين تسجيله والإشهاد بتنازل (خ.ف) عن توابع العصمة ونفقة البنت مستقبلا وعن 50 ألف دينار التي افترضتها للطاعن

وقد استند محامي الطاعن على وجهين.

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة القانون الصادر يوم 1963/06/29 مع الأمر المؤرخ في 1971/09/22 وانتهك المواد 9 و18 و22 من ق.س الجديد والقصور في التعليل وانعدام الأساس القانوني.

وذلك أن كل هذه القوانين تستبعد اعطاء الصيغة الشرعية للزواج رذا لم يكن مسجلا بالحالة المدنية او صدر حكم برثباته بناءا على توافر أركانه.

والمطعون ضدها عجزت عن إحضار بينة تشهد لها بأن علاقتها بالطاعن كانت نتيجة زواج شرعي فيه الإيجاب والقبول والولي والصداق والشهود ومن ثم لم تكن تلك العلاقة او المعاشرة بين الطرفين زواجا شرعيا وإثباته من طرف قضاة القرار على أساس الواقع والمقابلة الشخصية ومذكرات الطرفين ومجموع اوراق الملف وقول الشيخ خليل وركنه ولي وصداق وشاهد عدل كما جاء في قرارهم هو إثبات بدون دليل.

وإذا كانت الأدلة في تقديرها من صلاحياتهم فإن هذا مرهون بعدم تحريف او تشويه البينات وفي القضية فلا أقول الشهود ولا مستندات الملف فيها مايثبت حصول أركان الزواج المذكورة مضافا الى هذا أن تصريحات المطعون ضدها بالمحكمة واضحة في أنه لم ينعقد بينهما اي زواج وقد استقر الإجتهاد القضائي حول هذا الموضوع على أن الإشهاد بالزواج لابد أن يكون كاملا ومتضمنا لجميع شروط الزواج حتى يفيد اليقين الذي لا يكون عن طريق المخالطة الجنسية واكتفاء القرار بالقول بأن الزواج ثابت بدون تعليل جعله ناقص البيان مستوجب النقض.

الوجه الثاني: مأخوذ من مخالفة المواد 48 – 49 – 22 (ق.س) والتناقض في الأسباب وانعدام الأساس القانوني وذلك أن

القرار أمر بتسجيل الزواج بالحالة المدنية لإثباته رسميا وقضى بالطلاق قبل تسجيله في حين أن هذا الأخير هو حل عقد الزواج حسب تعريف المادة 48 قبله والحكم به لا يصدر الا بعد إجراء محاولة الصلح بين الزوجين وهو ماخالفه القرار مما يعد خطأ منه في تطبيق القانون يؤدي الى نقضه.

وقد أجاب محامي المطعون ضدها بأن القرار المطعون فيه وقع إلتماس إعادة النظر فيه أمام المجلس الذي أصدره وهو إجراء لا يجوز الطعن فيه أمام المجلس الأعلى قبل الفصل في الإلتماس كما أن القرار المطعون فيه لا يخالف قانون 63/06/29 او نصوص الأمر المؤرخ في 1971/09/22 كما لا يخالف نصوص ق.س التي احتج الطاعن بها وطالب برفض الطعن.

وحول السببين معا المستدل بهما على طلب النقض.

التنازع في الزوجية كما نص عليه في شرح القضية سيدي خليل بأن إدعاها أحدهما وانكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبنية القاطعة تشهد بمعاينة العقد او بالسماع الفاشي يقول الشاهد أن في الأول أنهما حضرا العقد مبينين أركانه وفي الثانية يقولون أنهم سمعا غير ما مرة من الثقات وغيرهم أن فلان زوج لفلانة او أن فلانة إمرأة فلان والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين فلا تقبل فيه شهادة رجل مع اليمين ولا شهادة رجل مع إمرأتين.

كما أن شهادة النساء وحدهن ولو تعدون وحضرن عقد الزواج وفصلنا أركان الزواج فليس لشهادتهن اي اعتبار ولا يثبت بها الزواج إذ شهادة النساء تأتي في المرتبتين الثالثة والرابعة من أنواع الشهادات الشرعية ففي الثالثة تقبل شهادة إمرأتين مع الرجل في المال ومايؤول الى المال والنوع الرابع تقبل شهادة إمرأتين فيما لا يطلع عليه الا النساء كما في الحيض .

وفي هذا الصدد يقول صاحب التحفة .

ورجل بامرأتين يعتقد في كل مايرجع المال اعتمد وفي اثنين حيث لا يطلع الا النساء كالحيض مقتنع يلحق بهذا الرضاع والولادة والاستهلاك وعيوب الفرج.

وعليه وبالرجوع الى القرار المطعون فيه فإنه يتبين منه أنه جاء خاليا من أية حجة او بينة تدل على وجود الزواج الذي تدعي المطعون ضدها أنه وقع بينها وبين الطاعن فبقطع النظر عن أقوال المرأتين المذكورتين في واقع وحيثيات القرار واستبعاد شهادتهما ولو شهدتا بحضور مجلس العقد فإن اية علامات دالة على وجوده بعض الإحتمال في حصول الزواج ولا يمكن أخذها من القرار القاضي بوجوده مالعدم وجودها وإما لعدم وجودها وإما لتقصير المجلس فالإستماع الى الجماعة التي قال أنه وقع أمامها مما جعل قراره مخالفا لأحكام الشريعة ومخطأ في فهم أنواع الشهادات في الفقه.

وغير مرتكز على اي أساس شرعي وبذلك كان النعي عليه بما جاء في السببين في محله مما يعرضه للنقض.

وحيث أن السيد النائب العام طلب من جانبه في ملتمسه الكتابي الذي قدمه في القضية وكذلك في الجلسة نقض القرار لمخالفته النصوص الفقهية والقواعد القانونية.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا ونقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس وهران بتاريخ 1984/09/16 وإحالة القضية لنفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وعلى المطعون ضدها المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلانية المنعقدة بتاريخ 15 من شهر ديسمبر سنة 1986م من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة :

حمزاوي أحمد الرئيس المقرر

حداد علي المستشار

جماد علي المستشار

وبمحضر السيد تقية محمد المحامي العام وبمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط.

ملحق رقم 2.

ملف رقم 55706 قرار بتاريخ 1989/12/11

الموضوع : إثبات الزواج - عدم الإتيان بشاهدين - رفض الدعوى - تطبيق صحيح القانون.

المرجع : أحكام الشريعة الإسلامية والمادة 22 من قانون الأسرة.

من المقرر قانونا أنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أحكامه وفقا للقانون ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب وانعدام الأساس القانوني في غير محله.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بعدم وجود الزواج ورفض دعوى الطاعنة لعدم إثباته كان على صواب وطبق القانون تطبيقا صحيحا.

ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة في قصر العدالة نهج عبان رمضان. الجزائر.

بعد المداولة القانونية اصدر القرار الآتي نصه :

بناءا على المواد 231-233-239-244-257 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع اوراق ملف الدعوة وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 86/12/27،وعلى مذكرة الجواب التي قدما محامي المطعون ضده.

حيث أقامت السيدة م.خ طعنا بواسطة الاستاذ عوامر عبد الرحمان يرمي الى نقض قرار صدر من مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 82/06/01 الذي قضى بقبول عريضة التراجع والإستئناف شكلا وموضوعا بالغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد برفض دعوة المدعية الأصلية المستأنف عليها.

وقد استند محامي الطاعنة في عريضة طعنه الى وجه واحد للطعن.

الوجه الوحيد : المأخوذ من النقص في التسبيب مما يساوي عدم التسبيب وانعدام الأساس القانوني بدعوى أن المجلس القضائي لم يجب عن الوجوه الموجودة في عريضة ترجيع الدعوى أمامه، بحيث أن المدعي عليه لم يستأنف الحكم التمهيدي الذي قضى بين الطرفين في 78/03/25 بتعيين الموثق بتحرير رسم لفيف، وأن هذا الحكم نال قوة الشيئ المحكوم به، هذا من جهة ومن جهة ثانية فالمدعي عليه ببنوة الولد لدى الموثق وأن هذا الإعتراف لا يقبل الا الطعن بالتزوير ضد عقد، كما أن الفرقان بعد تعدي المدعى عليه على المدعية عاش كزوجين أمام الله وأمام الناس، إضافة الى أن المدعية وولدها لحقهما ضررا جسيما منذ سنة وعليه فإن عدم الإجابة عن المذكرات يعتبر كنقص في التسبيب مما يؤدي الى نقض القرار المطعون فيه تلتمس فيه نقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية على مجلس آخر.

وقد أجاب المستأنف عليه بواسطة الأستاذ صالح باي محمد الشريف بمذكرة جوابية رد فيها على الوجه المثار في عريضة الطعن طالبا رفض الطعن.

الإجابة عن الوجه المثار: حيث أن الزواج لا يثبت الا بشهادة شاهدين عدلين وأن كل إمرأة تدعي أن فلان تزوج بها فلابد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود والطاعنة لم تأتي بأي شاهد يشهد بأنه حضر العقد وسمع الإيجاب والقبول وان كل فان لدى الأشخاص الذين أتت بهم الى الموثق لم تكن شهادتهم كافية لإثبات الزواج، وقد أعطاها المجلس الأعلى فرصة عساها أن تثبت الزواج الذي تدعيه ولكنها بقيت حالتها كما جاءت الى المجلس الأعلى في المرة الأولى لذى فقضاة القرار المطعون فيه حينما أخذوا بعدم وجود الزواج لم يكن لهم طريق آخر غيره وكانوا على صواب والنعي عليهم بما ورد في الوجه في غير محله.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية رفض طعن الطاعنة وتحميلها المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووضع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الحادي عشر من شهر ديسمبر سنة 1989م من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد الرئيس

محمد بلحبيب المستشار المقرر

ولد عولي يوسف المستشار

بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط وبحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام.

ملحق رقم 3 .

ملف رقم 45.301 قرار بتاريخ 09 مارس 1987
قضية ، (ب.ع) ضد ،(ب.م)
صداق – وفاة الزوج قبل الدخول – دون الحكم بفسخ العقد أو الطلاق – الزوجة تستحقه كاملا
(أحكام الشريعة الإسلامية)

. من المقرر أن الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدجول و لم يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فية بانتهاك القواعد الشرعية غير سديد.

و لما كان من الثابت-في قضية الحال- أن زوج المطعون ضدها توفي قبل الدخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطلاق فإن قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزوج باسترجاع نصف الصداق لوفاة إبنه قبل الدخول طبقوا المبادىء الفقهية تطبيقا سليما.

و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.

إن المجلس الأعلى

في الجلسة العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه.

بناء على المواد: 231و233و239و244و257 وما بعدها من ق .ا.م.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 30أفريل 1985.

بعد الإستماع إلى السيد أحمد الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد تقية محمد النائب العام المساعد في طلباته المكتوبة.

حيث أقام السيد (ب.ع) بواسطة محاميه الأستاذ موساوي زروق طعنا يرمي إلى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء باتنة بتاريخ 27فيفري 1985المتضمن إلغاء الحكم الصادر من محكمة نفس المدينة يوم 02جوان 1984 القاضي بفسخ عقد الزواج المبرم بين (ب.ع)و (ب.م) وعلى هذه الأخيرة أن ترد لوالد الزوج الطاعن نصف الصداق الذي دفعه لها يوم الخطبة المقدر ب 3105 د ج.

و من جديد قضى المجلس برد طلب الأب المتعلق باسترجاع نصف الصداق الذكور نظر لأن ابنه توفي قبل الدخول بالمدعى عليها و لأنه في حياته سعي إلى فسخ عقد الازواج معها

و قد إستند المحامي الذكور في طعنه على سبب وحيد مأخذ من إنعدام الأساس القانوني و القصور في التسبيب و أنتهاك القواعد الشرعية حول الطلاق.

و ذلك أن القرار المطعون فيه لتبرير ما حكم به أتي بحيثيه واحدة تتعلق بصحة عقد الزواج ووفاة الزوج قبل الدجول مما تنال به الزوجة حقوقها كزوجة و قد أخطأ الحكم في تطبيق الشريعة و القانون وتسبيب كهذا غير واضح و غير كامل فالزوج في حياته طلب فسخ عقد الزواج مع المطعون ضدها و رفض طلبه من محكمة بسكرة فستأنف حكمها نقضى مجلس بسكرة بعدم اختصاصها في الفصل في الدعوة وإصراره على الفسخ كان نتيجة إمتناعها من الدخول وتلفظ بطلاقها أمام القضاة بحيث أن العقد فسخ بينهما قبل الوفاة مما لا يستحق معه سوى نصف الصداق الا أن المجلس لم يرى هذا الرأي بل رفضه دون تسبيب او تأسيس قانوني الأمر الذي يترتب عنه نقض قرار وحتى إذا لم يعتبر الطلاق في القضية فإن وفاة الزوج قبل الدخول لا تخول للزوجة سوى نصف الصداق والسماح لها بأخذه تماما مخالف لأحكام الشريعة يترتب عنه نقض القرار أيضا. لم تجب المطعون ضدها .

فيما يخص السبب المستدل به على طلب النقض يقول الشيخ خليل:

وسقط المزيد فقط بالموت اي وسقط على الزوج المزيد على الصداق بعد العقد فإذا إتفقا على قدر معين وتفضل الزوج على زوجته بشيء زائد على الصداق المتفق عليه وما سقط هذا الزائد اما أصله فيبقى للزوجة كاملا من غير تشطير بل تأخذ ما فرض لها ومثل هذا في بن عاصم : ووجب جميعه بالدخول او الموت.

وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في قضية بروع بنت واثق التي توفي عنها زوجها قبل أن يدخل بها قضي لها بالصداق كله وجعل عليها العدة واعتبرها وارثة وهو ما أفتى به إبن مسعود رضي الله عنه هذه هي القواعد الشرعية و من ناحية أن الزوج طلب فسخ عقد زواجه بالمطعون ضدها في حياته فيما دام لم يحكم بالفسخ و الطلاق فليس في القضية فسخ و لا الطلاق بل يبقي الموت هو المعتبر فيها.و عليه فالقرار المطعون فيه لم يخرج قضاؤه عن هذه المبادىء و لذا فالنعي عليه بما ورد في السبب لا ينقص من سلامة قضائه مما يكون معه السبب غير مقبول.

و حيث أن السيد النائب العام طلب من جانبه في ملتمسه الكتابي وكذا في الجلسة رفض الطعن لسلامة القرار من أي عيب شرعي أو قانوني.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى: رفض الطعن و على الطاعن المصارف.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد : الرئيس المقرر

حداد علي : مستشار

جماد علي :مستشار

بحضور السيد تقية محمد النائب العام المساعد،و بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط..

ملحق رقم 4 .

ملف رقم 74375 قرار بتاريخ 1991/06/18،
قضية،(أ.م) ضد ،(ع.ف)
زواج-عقد صحيح-خلوة صحيحة-للزوجة الحق في توابع العصمة.

(أحكام الشريعة الإسلامية)

من المقرر شرعا و قانونا،أنه إذا ابرم عقد زواج وتأكدت الخلوة بين الزوجين،أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقتها، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول ومن ثم فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

و لما كان من الثابت- في قضية الحال-أن الطاعن إبرم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية المفترض فيه توفر الشروط المطلوبة، وأن المحكمة بأكدت من وقوع الدخول والإختلاء بين الزوجين، فإن القاضي الذي منحها جميع تابع العصمة والصداق بعد الطلاق طبق الشرع و القانون تطبيقا سليما.

ومتى كان كذللك، استوجب رفض الطعن.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بشارع 11ديسمبر 1960 الأبيار بن عكنون الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه:

بناء على المواد :231-234-239-257 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقص المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 15 أفريل 1989 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضدها.

-بعد الإستماع إلى السيد/بوسنان الزيتوني رئيس قسم مقرر في تلاوة تقريره المكتوب الى السيد/عيبودي رابح المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن السيد (أ.م) رفع طعنا بالنقض بواسطة محاميه الأستاذ نيار عبد القادر بتاريخ 1988/12/21 من محكمة وهران، القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين بارادة الزوج المنفردة و الأمر بتسجيله في الحالة المدنية و بهامش شهادة ميلاد الطرفين والزم المطلق بأدائه لمطلقته مبلغ: 8000 دينار تعويضا و مبلغ: 1500 دينار عدة ونفقة إجمالية ماضية 2000 دينار والمصوغ المتمثلة باربر، مسبيحات، براصلي ومبلغ 10000 دينار نقدا ورفض طلباتها الأخرى.

و قد إستند الطاعن في مذكرة طعنه إلى أربعة أوجه للنقض:

الوجه الأول: مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات،إذ لم يتم عقد الزواج على الوجه الشرعي، بما أن الطاعن كان مكرها على إبرام العقد و أمضى عليه بعد تهديدات متكررة و لم يقدم هو أي شاهد يعرفه و لم يحضر معه آنذاك لا والده كما جرت العادة ولا أحد أقاربه.

الوجه الثاني: إنعدام ركن أساسي من أركان الزواج، إلا و هو عدم و جود ولي للمطعون ضدها أثناء إبرام العقد و المادة 9 من قانون الأسرة صريحة في هذا الشأن، إذ تنص:«يتم عقد الزواج برضى الزوجين وولي الزوجة وبشاهدين وصداق» وفي مابهمنا، لم يكن لا ولي ولا شاهد يعرف الطاعن معرفة صحيحة، زيادة على حمله إكراها لدى الموظف المختص للبلدية.

فلم تعتبر المادة 32 من قانون الاسرة التي تأمر بفسخ النكاح إذا إختل أحد أركانه.

إذ المطعون ضدها يتيمة الأب ولم يصاحبها قريب من أهلها يقوم مقام الولي.

الوجه الثالث : يشير الحكم المطعون فيه ضمن حيثياته الى أنه «تبين للمحكمة أنه تم الزواج بإختلاء الزوج بزوجته وبالتالي تعتبر العلاقة الزوجية قائمة قانونا» مع أن الطاعن صرح للمحكمة أكثر من مرة أنه لم يقع دخول تقتضيه الشريعة الإسلامية والتقاليد ولم يكن للطرفين اي مسكن عادي لا سرا ولا علانية، بل أكثر من ذلك لم تقع اي علاقة بينهما منذ تيقن من إغرائه من طرف الطاعنة وسارع في نشر قضية لدى المحكمة لطلب فسخ العقد قبل الدخول لا الطلاق كما يذكره الحكم المطعون فيه وكذلك في 1988/06/20م، اي أقل من شهر بعد إبرام العقد.

فإذا كانت علاقات مع المطعون ضدها أنها كانت قبل العقد وهي حين إذ غير شرعية وبتحريض منها على أنها أكبر منه سنا وأذكى منه عقلا، فهي إذا علاقات زنا لا أكثر ولا أقل ونشب النزاع فورا بعد العقد، فعلى هذا، يظهر بوضوح أنه لم يقع اي بناء رسمي وإعلانيا ولم يثبت اي دخول كما يجب شرعا.

الوجه الرابع : لم تطبق المادة 33 من قانون الأسرة إذ أمر الحكم المطعون فيه بأداء تعويض وعدة ونفقة على أساس طلاق، مع أن طلب الطاعن كان فسخا قبل الدخول وبدون صداق.

وحيث أن المطعون ضدها أودعت مذكرة جواب بواسطة محاميها الأستاذة قنديل مليكة، أجابت فيه على الأوجه الأربعة وأوضحت أن الزوج طلب الطلاق في عريضته الإفتتاحية وخلت الى رفض الطعن.

عن الأوجه الأربعة مجتمعة : حيث أنه بالرجوع الى الحكم المطعون فيه، يتبن أن المحكمة قد إعتبرت عقد الزواج صحيحا وأن إختلاء الزوج بزوجته كاف لجعل العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين، لقد جاء في حيثيات الحكم مايلي:

«حيث أن المودع رافع المدعي عليها أمام المحكمة طالبا الطلاق وفي المذكرات اللاحقة طالب إبطال لعقد كون المدعي وقع في إكراه أثناء إبرامه.

وحيث أنه تبين للمحكمة أنه تم الزواج باختلاء الزوج بزوجته وبالتالي تعتبر العلاقة الزوجية قائمة قانونا.

وحيث أن الخلوة صحيحة وتنتج أثارها مما يجعل المحكمة اعتبار الدخول قد تم وللزوجة الحقوق الكاملة الناتجة عن الدخول ...الخ»

حيث أن مثل هذا التعليل كاف لجعل الحكم المطعون فيه حكما سليما.

حيث أن عقد الزواج قد وقع أمام ظابط الحالة المدنية بالبلدية ويفترض فيه أنه مستوفيا للشروط المطلوبة في عقد الزواج من ولي وصداق ورضا وشاهدي عدل، إذ يقع العقد أمام الجمع وليس سرا وحيث أنه مادام هناك عقد تم إبرامه أمام ظابط الحالة المدنية وبحضور جماعة من المسلمين فإن هذا العقد يعتد به شرعا أمام القضاء ولا يتصور أن يجر زوج قسر لكي يبرم عقد الزواج على زوجته وحيث أن المحكمة قد تأكدت من أنه وقع الدخول واختلى الزوج بزوجته بعد وقوع العقد حتى ولو لم يقع احتفال بالزواج وحيث أنه إذا تأكدت الخلوة بين الزوجين اللذين أبرما عقد نكاح بينهما فإنه يصبح لهذ الزوجة الحق في جميع توابع العصمة وفي صداقها كاملا، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول ويتبين مما سبق ذكره أن كل الأوجه المثارة غير مؤسسة ويتعين معها رفض الطعن.

وحيث أن الملف قد أحيل الى السيد النائب العام لدى المحكمة العليا الذي قدم طلبات مكتوبة ترمي الى رفض الطعن.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث: رفض الطعن في الحكم الصادر من محكمة وهران بتاريخ 1988/12/21م قضت على الطاعن بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية بتاريخ الثامن عشر من شهر جوان سنة واحد وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة :

دحماني محمد : الرئيس

بوسنان الزيتوني : رئيس قسم مقرر

الأبيض أحمد : المستشار

وبحضور السيد عيبودي رابح المحامي العام وبمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط.

ملحق رقم 5 .

ملف رقم 54198 قرار بتاريخ 89/06/05
قضية : (ب.م) ضد (ش.أ)
صداق – نزاع فيه – القول للزوجة بيمينها قبل الدخول – القول للزوج بيمينه بعد الدخول
(المادة من ق.س)

من المقرر شرعا وقانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة ولكن قبل الدخول فالقول للزوجة او ورثتها مع يمينها وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج مع ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية.

لما كان من الثابت –في قضية الحال– أن جهة الإستئناف التي أيدت الحكم المستأنف لديها القاضي على الطاعن بأدائه للمطعون ضدها مؤخر صداقها دون مراعات للقاعدة المتعلقة بالخلاف بين الزوجين على الصداق، فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية والقانونية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان –الجزائر– بعد المداولة القانونية اصدر القرار الآتي نصه :

بناءا على المواد: 231، 233، 239، 244، 257 وما بعدها من ق.إ.م.

بعد الإطلاع على مجموع اوراق ملف الدعوة وعلى عريضة الطعن بالنقيض المودعة يوم 11 اكتوبر 1986م.

بعد الإستماع الى السيد محمد بلحبيب المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته.

حيث أقام السيد أ.ع طعنا بواسطة محاميه الأستاذ عبد العزيز سداح يرمي الى نقض قرار صادر من مجلس قضاء الأغواط بتاريخ 1986/07/01م الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه الصادر من محكمة متليلي بتاريخ 1985/07/01م القاضي على المدعى عليه بأدائه للمدعية مؤخر صداقها المتمثل في فراش أخمل او قيمته 5000دج، وحدايد وزنها 50 غرام من الذهب او قيمتهم 7000دج و عشر (10) لويزات التي أعارتهم له على وجه السلف او قيمتهم 5000 دج

وقد استند محامي الطاعن في عريضة طعنه الى وجه وحيد للطعن ...

الوجه الوحيد المثار : المأخوذ من إنعدام الأساس القانوني المادة 235 فقرة 3 من ق.إ.م بدعوى بأن النزاع حول الصداق وقع بعد خمسة عشر سنة من الزواج وأن الشريعة الإسلامية قررت إجراءات ملزمة في هذه الحالة وهي القول للزوج مع يمينه بأنه أوفى ماعليه وعليه فلا بد من اليمين سواءا على الزوج او الزوجة في مثل هذا النزاع يلتمس قبول طعنه شكلا وموضوعا.

وحيث أن المطعون ضدها لم تجب على عريضة الطعن غير أنها بعثت بمذكرة عن طريق الرئيس الأول للمجلس الأعلى تعرب فيها عن عدم قدرتها لتوكيل محام نظرا لظروفها المادية.

الإجابة عن الوجه :

حيث أن الخلاف بين الزوجين على الصداق، إذا كان قبل الدخول فالقول للزوجة بيمينها بأنها لم تقبضه او لم تقبض بعضه، وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج بيمينه، والمجلس حكم بدون مراعات لهذه القواعد، الأمر الذي يعيب قراره ويعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى : (غرفة الأحوال الشخصية).

– نقض القرار المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء الأغواط بتاريخ 1986/07/01م وأحال القضية لنفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيه طبقا للقانون.

– تحميل المطعون ضدها المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس من شهر جوان سنة تسعة وثمانون وتسمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة :

حمزاوي أحمد : الرئيس

بلحبيب محمد : المستشار المقرر

الأبيض أحمد : المستشار بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط.

ملحق رقم 6 .

الملف رقم ، 73515 قرار بتاريخ 1991/06/18م
قضية ، (أ.م) ضد ، (م.ف)
صداق – نزاع فيه بعد الدخول – قول الزوج مع يمينه
(المادة 17 من ق.الأسرة)

من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين او ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة او ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج او ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره صداق الى الزوجة دون القيام بما هو واجب شرعا في هذه المسألة خالفوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر بحي بن عكنون الأبيار الجزائر العاصمة.

بناءا على المواد 231، 233، 239، 244، 257 ومابعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع اوراق ملف الدعوة وعلى عريضة الطعن بالنقيض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 1989/03/12م.

بعد الإستماع الى السيد الهاشمي هريدي المستشار المقرر في تقديم تقريره المكتوب والى السيد عبودي رابح المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن المسمى (أ.م) قد طلب النقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر بتاريخ 1988/11/21م القاضي بتأييد حكم محكمة المحمدية المؤرخ في 1988/01/11م القاضي بالطلاق على مسؤولية الزوج والحكم عليه ب 12000 دج متعة و 15000 دج نفقة العدة و300 دج نفقة أهملها إسناد حضانة الأولاد رشيد، ناصر، مليكة، جميلة وفوزية للأم مع نفقة 230 دج لكل واحد مع حق الزيارة للأب.

حيث إستند الطاعن (أ.م) أبيض امحمد في طلبه الى ثلاثة اوجه للنقض :

عن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة القواعد الشرعية الخاصة بالحضانة بدعوى أن المادة 65 من قانون الأسرة تنص على أن مدة إنقضاء حضانة الذكر ببلوغه سن 10 سنوات وأن الأولاد الذكور مصطفي ورشيد وناصر قد تجاوزوا سن العاشر منذ سنتين كما أن الولد مصطفي لم تسند حضانته للأم بدعي الطاعن كما أن الولد رشيد المولود في 17 جانفي 1973 والذي قد بلغ سن الرشد الجزائي والذي أصبح في إمكانه أن يختار مع من يكون أما الولد ناصر المولود في مارس 1975 فإن عمره قد بلغ 13 سنة تاريخ صدور القرار المنتقد وعلى أن المادة 65 من قانون الأسرة المحتج بها تسمح للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج وعليه فالوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني : المأخوذ من مخالفة القاعدة الشرعية المتعلقة باليمن.

بدعوى أن اليمن الشرعية تؤدى بالمسجد إعتمادا على ما جاء في تحقيقة أحكام الإبن عاصم بينما المطعون ضدها فقد أدات اليمن أمام القاضي الأول و أن القرار المنتقد لم يصحح هذا الخطأ.

ولكن حيث أن المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية فقد ضبطت كيفية الإجراء الواجب إتباعه فقد نصت المادة الذكورة بأن الخصم يقوم بحلف اليمن بنفسه بالجلسة وكذلك مثل ما جاء في المادة 434 من نفس القانون على أن الخصم يؤدى اليمن بالجلسة أو أمام القاضي وعليه فهذا الوجه أيضا غير مؤسس.

عن الوجه الثالث : المأخوذ من مخالفة القانون بالقصور في التعليل وإنعدام الأساس القانوني بدعوى أن عقد النكاح المحرر في 1968/10/07م نص علي أن الصداق المشتمل على مصوغ يقدم للزوجة ليلة البناء وأن الحكم الطاعن عليه بتسليم المسوغ المذكور بالعقد للمطعون ضدها دون دليل يكون الحكم بذلك فاقد الأساس القانوني.

ولكن حيث أنه بالفعل فإن عقد الزواج المحرر في 1968/10/07 قد عرف المصوغ الذي أعطي لها كصداق وعلى أنه يقدم لها ليلة البناء لكن قضاة الموضوع لم يتحققوا من كون الزوجة هل تسلمت مختلف الصداق أم لا رغم أن المطعون ضدها قد صرحت أمام القاضي الأول أن المصوغ الذي تطالب به قد تم بيعه من طرف الزوج.

حيث أن القرار المنتقد لم يجب على أنكار الطاعن المستأنف على أنه مدين بالمصوغ المذكور وعلى إنتقاده لتطبيق المادة 17 من قانون الأسرة لصالح الزوجة عوض أن تطبق هذه المادة لفائدته هو وعليه فهذا الوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص المصوغ.

لهذه الأسباب

قررت المكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث نقض القرارالمطعن فيه جزئيا فيما يخص الماصوغ الصادر من مجلس قضاء معسكر بتاريخ 1988/11/21 وأحالت القضية والأطراف من نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وقضت على المطعون ضدها بالمصاريف القضائية .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثامن عشر من شهر جوان سنة واحد وتسعون وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

دحماني محمد : الرئيس

الهاسموي هويدي : المستشار المقرر

الأبيض أحمد : المستشار

بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط وبحضور السيد عيبودي رابح المحامي العام.

ملحق رقم 7.

ملف رقم . 58224 قرار بتاريخ . 1989/12/25

قضية . (أ.م) ضد . (ز.ع)

زواج عرفي على أركانه - القضاء بتصحيحه - تطبيق أحكام الشريعة والقانون.

(أحكام الشريعة الإسلامية)

متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم يكون موافقا للشرع والقانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر.

بعد المداولة القانونية اصدر القرار الآتي نصه.

بناءا على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع اوراق ملف الدعوة، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 1987/04/09م، وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعن ضدها.

بعد الإستماع الى السيد الأبيض أحمد المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في طلباته المكتوبة.

حيث أقام السيد (أ.م) طعنا بواسطة محاميه الأستاذة رباح حاجي أنيسة يرمي الى نقض القرار الصادر بينه وبين السيدة (ز.ح) من مجلس قضاء البويرة بتاريخ 1986/02/22م الملغي للحكم المعاد الصادر من محكمة القليعة بتاريخ 1988/12/21 القاضي بقبول المعارضة شكلا وفي الموضوع إلغاء الحكم المعارض فيه، ومن جديد أبطل دعاوي المدعية، وقضى المجلس من جديد بإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد قضى بتصحيح الزواج العرفي الواقع عام 1965م وتسجيله بالحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد الثلاثة بأبيهم وأمهم وتسجيلهم بدفتر عقود الولادات وعلى المستأنف عليه دفع نفقة شهرية قدرها 250 دج لكل واحد منهم من يوم رفع الدعوة، ونفقة إهمال الزوجة قدرها 250 دج شهريا من نفس التاريخ .

حيث أن الطعن يستند الى وجه وحيد مأخوذ من خرق القانون وانعدام الأساس القانوني.

حيث أن القرار المطعون فيه قد خالف احكام المادتين 18 و22 من (ق.س) لسنة 1984م وذلك لعدم القيام بإجراءات عقد الزواج أمام الجهة المختصة طبقا لأحكام المادتين أعلاه.

حيث أنه من ناحية أخرى فإن القرار المطعون فيه قد خالف القاعدة العامة في الإجرءات المنصوص عليها بحكم المادة 7 من القانون المدني خصوصا وأن القرار المطعون فيه قد صدر بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984.

حيث أجابت المدعي عليها في الطعن بواسطة محاميها الأستاذ جدو عبد المجيد بأن الزواج العرفي قد وقع سنة 1965م قبل

صدور قانون الأسرة وقد توفرت فيه أركان الزواج الشرعي وفقا لأحكام المادة 9 من قانون الأسرة، تطلب رفض الطعن.

عن الوجه المأخوذ من خرق القانون وانعدام الأساس القانوني :

حيث أنه بالإطلاع على ملف القضية يتبن وأن الزواج العرفي الواقع سنة 1965 بين المدعي في الطعن والمدعي عليها فيه ثابت بشهادات الشهود الذين أفادوا أمام المحكمة بأنه معلوم بينهم بالضرورة.

حيث أن أحد الشهود أكد بأنه حضر مجلس الفاتحة.

حيث أن أحكام قانون الأسرة الخاصة بإتباع إجراءات معينة امام الجهة المختصة لصحة عقد الزواج لا تنسحب على هذه الحالة لوقوعها قبل صدور قانون الأسرة.

حيث أن الزواج العرفي موضوع نزاع تتوفر فيه أركان الزواج إعتمادا على شهادة الشهود.

حيث أن هذا الوجه غير سليم.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية رفض الطعن والمصاريف القضائية على الطاعن .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس والعشرون من شهر ديسمبر سنة تسعة وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد : الرئيس

الأبيض أحمد : المستشار المقرر

بوسنان زيتوني : المستشار

بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط وبحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام.

ملحق رقم 8 .

الملف رقم ، 75344 قرار بتاريخ 1990/04/30م .

قضية ، (ط.ز) ضد ، (أ.ق)

زواج - إثباته - عدم الشهرة والعلانية - انعدام أركانه - رفض الدعوة.

(أحكام الشريعة الإسلامية)

من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه،ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام او قصور وتناقض الاسباب في غير محله.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولة الشهود الذين شهدو لها بالزواج وأدينوا معها في جريمة التزوير، فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعوى الطاعنة الرامية الى إثبات زواجها بالمتوفي طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر.

بعد المداولة القانونية، اصدر القرار الآتي نصه :

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 ومابعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموعة اوراق ملف الدعوة وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 1989/05/31م وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضده.

بعد الإستماع الى السيد حمزاوي أحمد الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في طلباته المكتوبة.

حيث أقامت السيدة (ط.ز) بواسطة محاميها الأستاذ خيل عمار طعنا يرمي الى نقض القرار الذي أصدره مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 89/02/13 المنهي لقراره المؤرخ في 85/03/23 والمصادقة على الحكم الذي اصدرته محكمة غليزان يوم 84/04/07 الرافض لدعواها الرامية الى اثبات زواجها بالمرحوم (أ.ق) الذي توفي قبل أن يسجل الزواج المذكور بالحالة المدنية على حد قولها.

وقد استند محاميها في طعنه على ثلاثة اسباب :

السبب الأول : مأخوذ من خرق المادة 141 من ق.إ.م. ذلك أن القضية تتعلق بحالة الأشخاص ولم يرسل ملفها الى النائب العام قبل الجلسة بعشرة أيام على الأقل وذلك بواسطة كتابة ضبط المجلس واهمال هذا الاجراء كما هو شأننا لقرار المطعون فيه هو خرق للمادة المذكورة يترتب عنها نقضه.

السبب الثاني : مأخوذ من انعدام او قصور وتناقض الاسباب ذلك ان القرار لم يؤخذ بعين الإعتبار المدة الطويلة التي عاشتها الطاعنة مع المرحوم خاليا من اي إمرأة، كما أن المعاينة التي تمت في القضية ببيت الزوجية ثبت من خلالها أنهما كان يعيشان معا وهذه قرينة قانونية كحجة غير قابلة للرد وتكفي وحدها لنقض القرار.

السبب الثالث : مأخوذ من تجاوز السلطة، ذلك أن المجلس بنى قراره على اقوال المطعون ضده المتضمنة إلزام الطاعنة بإثبات تسجيل الزواج الذي تدعيه، في حين ان المدة الطويلة التي عاشتها مع المرحوم في بيت واحد تغني عن ذلك، والمجلس إذا أخذ بذلك فإنه يكون ضد تجاوز سلطته مما يعرض قراره للنقض.

وقد أجاب محامي المطعون ضده بأن القرار المطعون فيه ذكر فيه أنه استمع الى طلبات النيابة العامة وأنه ذكر فيه أيضا معللها في القضية مما يدل على أن ملف القضية بلغ إليها وأن عيش إمرأة مع رجل لا يثبت به الزواج بل أن المرحوم لم يسكنها عنده وأنها كانت تقوم بدور العاملة وطالب برفض الطعن.

فيما يتعلق بالسبب الأول المأخوذ من خرق المادة 141 : بعد الحكم الذي صدر من محكمة الجنح بغليزان بتاريخ 1986/11/10م القاضي بإدانة الطاعنة بشهرين حبسا نافذين وبالغرامة من أجل ارتكاب جريمة التزوير واستعماله وتأييد الحكم من قبل مجلس مستغانم في مبدأ الإدانة، فإنه لم يبق للطاعنة الحق في الإحتجاج بإجراء وإن صح أنه أهمل لعدم وجود اية علاقة لها بالقضية، فالإحتجاج بشيئ يكون للشخص الذي له حق يفترض شرعا أنه ضاع منه وأنه شأنه بموجب وضعية قانونية طارءة والطاعنة ليست من هذه ولا من تلك وانما هي أجنبية عن (أ.ق) ومن ثم فوضعيتها في الدعوة غير قانونية والقانون لا يحمي المزور، لذا يرفض هذا السبب.

فيما يتعلق بالسببين الثاني والثالث : الزواج له أركان وشروط وزواج العرف لازال معمولا به إذا توفرت فيه هذه الشروط الأركان، والطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولة الشهود الذين شهدوا لها بالزواج وأدينوا معها في جريمة التزوير، فمعاشرة رجل لإمرأة طالت مدتها او قصرت، ولو وقع الإشهاد بها لا تعد زواجا، فالزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه وفي غير هذا فليس ثم زواج.

ولقد أشار المجلس الى هذه الأشياء وسبب بها قراره الذي وافق فيه على الحكم الرافض لدعوى الطاعنة بما فيه الكفاية وذلك في حدود سلطته وأن النعي عليه بما ورد في السببين في غير محله.

حيث أن السيد النائب العام طلب من جانبه في ملتمسه الكتابي الذي قدمه في القضية رفض الطعن.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رفض الطعن وتحميل الطاعنة المصاريف القضائية .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثلاثين من شهر أفريل سنة تسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد : الرئيس

يوسف ولد عوالي : المستشار

بوسنان زيتوني : المستشار

بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط وبحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام.

ملحق رقم 9 .

ملف رقم 51.107 قرار بتاريخ 02 جانفي 1989
قضية : (م.ش) ضد .(ع.ع ومن معه)

زواج - أركانه -صداق - رضا - شاهدين - اختلال ركنين - غير الرضا - يبطل الزواج.
(أحكام الشريعة الإسلامية المادتان 9، 33 من ق.س)

من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أركان أربعة وهي : صداق - صيغة (رضا الزوجين). وشاهدين. بالإضافة الى خلو الزوجين من الموانع الشرعية. ومن المقرر أيضا أنه إذا أختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه.

و لما كان من الثابت-في قضية الحال- أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، وأن الشاهد الثاني صرح أنه استدعي لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما.

و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه.

بناء على المواد: 231و233 و234 و235 وما بعدها من ق .ا.م.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف القضية وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 19 أفريل 1986 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها المطعون ضدهم.

بعد الإستماع إلى السيد ولد عوالي يوسف المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن السيد (م.ش) أقام طعنا بواسطة الأستاذ موساوي زروق يرمي إلى نقض القرار الصادر من مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 27فيفري 1985المتضمن إلغاء الحكم الصادر من مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 20 جانفي 1986 رقم 84.285 وف 86.31 ضد السيد (ع.ع) والسيدة (ع.ح) والقاضي في الموضوع إلغاء الحكم المستأنف والتصدي في الدعوى من جديد والقضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس.

حيث للوصول الى النقض استند الطاعن على سببين :

السبب الأول : المأخوذ من انتهاك قواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص اثبات الزواج.

حيث بالرجوع الى القرار المطعون فيه نجده يقضي بإلغاء زواج اثبت وقوعه شاهدان.

السبب الثاني : المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون وانتهاك المادة 33 من ق.الاسرة.

حيث ان القرار المطعون فيه استند على المادة 9 ق.الأسرة ونسي أن المادة 33 بأنه إذا تم الزواج بدون ولي او صداق يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

حيث طلب نقض القرار.

حيث أن المطعون ضدهما ردا بواسطة الأستاذ فلاح طلبا رفض الطعن.

المجلس الأعلى : حيث أن الطعن استوفى أوضاعه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

حيث عن الوجه الأول : المأخوذ من انتهاك قواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص اثبات الزواج.

حيث فيما يتعلق بالشاهد الأول السيد (د.أ). أن الزوجة لم يحضر أحد من أقاربها، بأن الزوجة لما سئلت عن وليها ذكرت بأن لا ولي لها وهي حرة في تزويج نفسها وفي سؤال أجاب لم يتم الزفاف على الصداق ولم يتطرق الى ذكره إطلاقا.

الشاهد الثاني (م.ج) وقال بأنه لم يعترف شخصيا على العريس ولا العروسة وذكر السيد (م.ش) أنه كان على معرفة تامة بوالدي (ع.ع) ولم يقم بخطبتها منها، وذكر السيد (ع.ع) لا أعلم إطلاقا بهذا الزواج المدعى به عليها، وذكرت السيدة (ع.ح) لم اعلم إطلاقا بزواج ابنتي المرحومة من طرف المستأنف عليه أن إبنه تزوج إبنتها، هذه التصريحات أخذتها من محضر سماع الشهود بتاريخ 15 أفريل 1985م الذي وقع أمام مجلس قضاء بسكرة من قبل السيد (ز.ف) .

حيث جاء في قول الشيخ خليل الجزء الثاني من الصفحة 203 وركنه أي النكاح اي أركانه أربعة الأول ولي الثاني صداق والثالث محل زوج وزوجة معلومان خاليان من الموانع الشرعية والرابع صيغة، وصح بتسمية صداق وهبت لك ابنتي مثلا او تصدقت عليك بها بكذا فإن لم يسمي صداقا لم يعقد،وقال شارحه صفحة 203 فقرة 2 ومرادهم بالركن ماتتوقف عليه حقيقة الشيئ فيشمل الزوج والزوجة والولي والصيغة وجاء في الصفحة 199 من ج2 الشيخ خليل وندب إشهاد عدلين فغير العدل من مستور وفاسق عدم غير الوالي اي غير من له ولاية العقد ولو كان وكيله فشهادته عدم بعقده اي عنده، وأما الإشهاد عند البناء فواجب شرط، ونرجع الأن الى شهادة الشاهد الأول السيد (د.أ) الذي أكد في شهادته أن الزوجة المزعومة لم يكن لها ولي ولا ذكر الصداق فركنان من أركان صحة

عقد الزواج غير موجودين وأن المرأة لا تزوج نفسها كما ورد في الحديث الشريف.
حيث فيما يتعلق بشهادة الشاهد الثاني (م.ح) ذكر في شهادته انه لا يعرف الزوج او الزوجة ولا حتى الزفاف من هم أصحابه ولا صداق ولا غيره ولذلك فشهادته تعتبر ملغاة بالنسبة لعقد الزواج.
حيث مادام السيد (م.ش) نفسه اعترف أنه يعرف ولدي المرحومة (ع.ع) فلماذا لم يخطبهم وكذلك يظهر سوء نيته لما قام الدعوى أمام المحكمة فإنه لم يدخل ولدي الزوجة في الخصام وهو إحياء مما يثبت سوء نيته فلو كان حقا زوجا للمرحومة لما امتنع عن ادخال ولدي الزوجة او كما نعرف حسب العرف الجزائري أن يتقدم حسب الجاه المعروف والأولى كان يطلب يدها من ولديها او يدعوهم امام المحكمة وبالإضافة الى ذلك مامنعه طيلة عشر سنوات حسب زعمه ان يقوم بدعوى امام المحكمة ليثبت زواجه المزعوم بالمرحومة ولا حتى بعد اغتيالها بطريقة وحشية تبن له انه يطلب إثبات الزواج بها ويجعلها زوجة شرعية لذا يتبين من العرض السابق أن أركان الزواج مختلة وغير مجودة وأن شهادة السيد (د.أ) مادام يصرح بنفسه انه لم يحضر العقد ولا ولي ولا صداق فشهادته غير معتبرة ويتعين رفضها كما فعل المجلس.
حيث فيما يتعلق بشهادة السيد (م.ح بن ع) فهو أكد أنه استدعي لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة وانصرف ولذلك فشهادته غير صحيحة ومرفوضة وذكر أيضا أنه لم يسمع صداق او غيره ولذلك فهذا الوجه غير صحيح ويتعين رفضه.
حيث عن السبب الثاني : المأخوذ من خرق المادة 33 من ق.الاسرة.
حيث نصت هذه المادة اذا تم الزواج بدون ولي او صداق او شاهدين او يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل اذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد فالمادة صريحة في فقرتها الثانية انه إذا اختل ركنان يبطل الزواج والشاهد الاول صرح انه لم يوجد ولي ولا صداق ولا أركان الزواج مذكورين في الشيخ خليل كما أوردتها سابقا وكذلك المادة 9 من ق.الاسرة ولذلك فإن قضاة المجلس طبقوا القانون تطبيقا سليما ونتيجة لذلك تعين رفض الطعن.
حيث أن الملف أحيل على السيد النائب العام للإطلاع عليه وطلب في ملتمسه الكتابي رفض الطعن.

لهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى رفض الطعن وعلى الطاعن بالمصاريف القضائية .
بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ االمذكور أعلاه من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والمتركبة من السادة:
حمزاوي أحمد : الرئيس
يوسف ولد عوالي : المستشار المقرر
بلحبيب محمد : المستشار
بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام، وبمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط .

ملحق رقم 10 :

ملف رقم 34.137 قرار بتاريخ 08 /10/ 1989
قضية : (ب أ م) ضد :(ب.ف)

زواج - وجوب توافر أركانه - عدم وجودها او بعضها - إنعدام الزواج وخرق لأحكام الشريعة الإسلامية.
(أحكام الشريعة الإسلامية)

من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على أركانه المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل

والمرأة زواجا، ولما كان كذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت-في قضية الحال- أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الإستئناف باعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.

و متى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.

إن المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه.

بناء على المواد: 231و233 و239 و244 و257 وما يليها من ق .ا.م.

وبعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوة وعلى عريضة الطعن المودعة بتاريخ 5 فيفري 1983.

بعد الإستماع إلى السيد قاضي حنيفي عبد القادر المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد عمر بلحاج المحامي العام في طلباته .

وحيث أقام السيد (ب أم) طعنا بواسطة محاميته الأستاذة مليكة قنديل تليكات يرمي الى نقض القرار الصادر عن مجلس وهران يوم 23 ماي 1982 قضى بإبطال الحكم المعاد إبطالا كليا وبعد التصدي من جديد قضى بإعطاء الإشهاد للمستأنف عليه على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتبقى حضانته عند أمه كما أعطى له إشهادا على تصريحه بالطلاق أمام المجلس الذي أقره وقضى به وإلزام المستأنف عليه بأن يدفع لمطلقته ثلاثة آلاف دينار في مقابل نفقة عدتها ومتعتها ونفقتها للمدة الماضية وقدر نفقة شهرية للولد على حسب 120 دينار ابتداء من يوم تاريخ 23 ماي 1982م.

وحيث للوصول الى النقض يستند الطاعن على وجه وحيد مستمد من خرق القانون وذلك انه يستنتج من الملف ان لا وجود للزواج الشرعي بين الطرفين اطلاقا وان قضاة الاستئناف ارغموا الطاعن على الاعتراف بالزواج لانه اسكن المستأنفة عند والده وانه اتخذها كزوجة له وكما ارغموه على الاعتراف بانه يرغب في الطلاق منها وحيث ان مجرد اسكان تحت التهديد بتقديم شكوى من اجل الاغتصاب مع امرأة لم يمنع الزوجين من تصحيح وضعية الزواج حسب الشريعة الإسلامية وحيث ان السعي من اجل القول بأن (أم) قد اتخذ (ب.ف) زوجة له فهذا متناقض تماما مع الشريعة الاسلامية مما جعل قرار مجلس وهران بتاريخ 23 ماي 1982 قد خرق القانون ويستوجب النقض.

وحيث لم ترد المطعون ضدها.

حول الوجه الوحيد المثار فإنه يتضح من القرار المطعون فيه والحكم الملغى من طرفه ومن عناصر الدعوة ان العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية فكل اعتراف بأنه كان يعاشر صاحبه ويخالطه جنسيا وان المرأة سكنت عند اهل الرجل الا ان ذلك لا يكفي لتصحيح زواج لم تتوفر شروطه وانعدمت اركانه ومس مسا خطيرا بقداسة الشريعة الاسلامية التي لا تعترف الا بالزواج الشرعي المبني على الشروط المعروفة كالصداق وشهادة الشاهدين والولي ورضاء الزوجين وبحسبه فإن قضاة مجلس الاستئناف بوهران قد خرقوا القانون الداخلي خرقا واضحا.

فلهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى نقض القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 1982/05/23 عن مجلس قضاء وهران وبدون إحالة .

وحكم على المطعون ضدها بالمصاريف القضائية.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان بتاريخ الثامن من شهر أكتوبر سنة أربع وثمانين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والمتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد : الرئيس

قاضي حنيفي عبد القادر : المستشار المقرر

يسعد أحسن : المستشار

بمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط، وبحضور السيد بلحاج عمر المحامي العام.

ملحق رقم 11 ،

ملف رقم 34784 قرار بتاريخ 19 /11/ 1984
قضية ، (ف.ع) ضد (ب.ف)

تطليق الزوجة - شروطه - عجز الزوج عن مباشرة زوجته - انتظار الزوج مدة سنة للعلاج - بقاء الزوجة طيلة

المدة بجانب بعلها.
(أحكام الشريعة الإسلامية الإجتهاد القضائي)

متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الإجتهاد القضائي استقر على ان تكون الزوجة اثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية.

إذا كان الثابت ان قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا ان الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الإجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدء مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ واحكام الشريعة الاسلامية فيما قضوا به ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن.

المجلس الأعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة نهج عبان رمضان الجزائر وبعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي نصه.

بناء على المواد: 231و233 و239 و244 و257 وما بعدها من ق .ا.م.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعون المودعة يوم 21 مارس 1983.

وبعد الإستماع إلى السيد ابن حبيلس المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد تقية محمد النائب العام المساعد في طلباته المكتوبة .

حيث أقام (ك.ع) بواسطة محاميه الأستاذ بوضياف الطيب طعنا يرمي الى نقض القرار الصادر بينه وبين زوجته (ب.ف) يوم 1982/06/22 عن مجلس قضاء المدية الذي قضى بإلغاء الحكم الصادر يوم 1981/12/21 من محكمة المدية ايضا القاضي بإلزام الزوجة بالعودة فورا الى بيت الزوجية و رامهل الزوج سنة كاملة لعله يستطيع الوصول اليها ثم حكم من جديد بتطليق المستأنفة لرفع الضرر عنها كما حكم على المستأنف بأداء لها 500 دج كعدة و300 دج كنفقة لإهمال السابقة و1000 دج كمتعة.

وحيث ان الطعن يستند الى وجه وحيد مأخوذ من مخالفة الاشكال الجوهرية في الاجراءات وذلك لان قضاة الاستئناف لم يحترموا قواعد الشريعة الاسلامية وحكموا بالتطليق قبل منح الطاعن مهلة سنة للمعالجة اثناءها وهذا يخالف احكام الشريعة الاسلامية، فلهذه الاسباب يطلب الطاعن نقض القرار المطعون فيه.

وحيث ان المطعون ضدها لم تجب عن الطعن.

عن وجه الطعن الوحيد : المأخوذ من مخالفة الاشكال الجوهرية في الاجراءات بدعوى ان قضاة الاستئناف لم يحترموا في حكمهم قواعد الشريعة الاسلامية المنصوص عليها في باب عيوب الخيار.

ولكن حيث ان عجز الطاعن على مباشرة زوجته المذكورة جسميا ثبت باعترافه وبشهادتين طبيتين وحيث يستفيد من مراجعة الحكم المعاد ومن القرار المنتقد ان الزوجين المتخاصمين لم يصفا داء فرج الزوج حتى يتبين هل ان هذا المرض يرجى شفاؤه ام لا، واكتفى كل واحد منهما بادعاءات لم تثبت ثبوتا واضحا.

وحيث ان الفقه الاسلامي قرر في مثل قضية الحال ضرب اجل سنة كاملة للزوج لعله يتحصل على البرء وان الاجتهاد القضائي استقر ان تكون الزوجة اثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها ان لم تتحسن حلة مرضه فيحكم بالتطليق.

وحيث ان قضاة الاستئناف لم يحترمو هذه القاعدة الشرعية واعتبروا ان الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بدون استطاعت هذا الأخير مباشرتها جسميا تعد حجة كافية لاثبات عجزه المستمر عن ذلك وان مرضه لا يرجى زواله.

وحيث ان هذا الافتراض لا يقبل شرعا حيث ان الاجتهاد القضائي استقر ايضا ان السنة التي تمنح للزوج يبدء مفعولها كمن يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها.

وحيثان القرار المنتقد قد جاء حينئذ لمبادئ الشريعة الاسلامية وان وجه الطعن صحيح الامر الذي يجعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض .

فلهذه الأسباب

قرر المجلس الأعلى نقض القرار المطعون فيه الصادر يوم 1982/06/22 عن مجلس قضاء المدية واحالة القضية والاطراف الى نفس المجلس مركب من هيئة اخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وعلى المطعون ضدها المصاريف القضائية.

وأمر بتبليغ هذا القرار برمته الى الجهة القضائية التي اصدرت القرار المطعون فيه بسعي من السيد النائب العام ليكتب بهامش الاصل بواسطة كتابة الضبط .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ التاسع عشر من شهر نوفمبر سنة أربع وثمانين وتسعمائة

وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والمتركبة من السادة:

حمزاوي أحمد : الرئيس

ابن حبيلس عبد المجيد : المستشار المقرر

قاضي حنيفي عبد القادر : المستشار

وبحضر السيد تقية محمد النائب العام المساعد وبمساعدة السيد دليلش صالح كاتب الضبط

المـــــراجع

1- الإمام الباجي "المنتقى شرح موطأ الإمام مالك" بيروت لبنان، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1332 هـ

2- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني "نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار" الجزء الخامس، مصر، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية 1961م

3- شمس الدين السرخسي "كتاب المبسوط" بيروت لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية.

4- علاء الدين سمرقندي "تحفة الفقهاء" الجزء الثاني، 539 هـ، حققه وعلق عليه وينشره لأول مرة الدكتور محمد زكي عبد البر، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الأولى، 1958م.

5- الفقيه الشيخ خليل اسحاق المالكي "مختصر العلامة خليل" دار الشهاب للطباعة.

6-عبد الرحمان الجزيري "كتاب الفقه على المذاهب الأربعة" ج4، قسم الأحوال الشخصية، دار الفكر ودار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1982م.

7- محمد جوار معنية "الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة (الجعفري - الحنفي - المالكي - الشافعي - الحنبلي) بيروت، دار العلم للملايين الطبعة الأولى 1964.

8- الإمام محمد ابو زهرة "الأحوال الشخصية" دار الفكر، ط3، 1957م.

9- الدكتور مصطفى السباعي "شرح قانون الأحوال الشخصية (الزواج وانحلاله)"، مطبعة جامعة دمشق، 1966م.

10- الدكتور مصطفى الرفاعي "الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين اللبنانية"، بيروت، دار الكتاب البناني ، الطبعة الأولي، 1983م.

11- الدكتور وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية)" دار الفكر ، ط2، 1985م. ط1، 1984م.

11- زكي الدين شعبان "الزواج والطلاق في الإسلام"، القاهرة ، الدار القومية للطباعة والنشر، 1966م.

12- الدكتور عبد الرحمان الصابوني "شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق"، دمشق، المطبعة الجديدة، الطبعة الخامسة 1978-1979م.

13- زهدي يكن "الزواج ومقارنته بقوانين العالم" بيروت، منشورات المكتبة العصرية، ط2.

14- عادل أحمد سركيس "الزواج وتطور المجتمع" القاهرة، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1967م.

15- أحمد فراج حسين "أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية" بيروت، الدار الجامعية، 1988.

16- ابو بكر بن حسين الكشناوي "اسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه إمام الإمة مالك" المجلد الثاني، ج2، دار الفكر، ط2.

17- محي الدين عبد الحميد "الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلاتها في الشرائع الأخرى" دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984م.

18-عبد العزيز سعد "الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، قسنطينة، دار البحث، الطبعة 2، مزيدة و منقحة، 1989

19-الأكحل بن حواء "نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي و القوانين العربية"، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1982.

20-الدكتورة كوثر كامل علي "شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية" تونس ، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع.

21- Ghaouti Benmelha Droit Algerien de la famille Alger OPU 1993

الفهرسة

الباب الثاني : أحكام الزواج: الأثر المترتب عن تخلف احد أركان او شروط الزواج